

# MATERIALI PER UNA STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA

FONDATI DA GIOVANNI TARELLO

ANNO XXXVI, N. 1, GIUGNO 2006

Per Mariangela Ripoli

**il Mulino**

# ALCUNE QUESTIONI PRELIMINARI IN TEMA DI GESTAZIONE PER CONTO TERZI

di Paolo Donadoni

In questo scritto intendo svolgere alcune riflessioni preliminari, di carattere essenzialmente fattuale e linguistico, di cui mi pare carente la letteratura bioetica sorta sul tema della «gestazione per conto terzi»<sup>1</sup>, al punto da aver originato equivoci ed incomprensioni che – per l'appunto – di frequente derivano dall'assunzione di presupposti inadeguati rispetto alla fattispecie in oggetto.

La gestazione per conto terzi si pone all'interno del fenomeno della riproduzione artificiale<sup>2</sup> dato che, pur non essendo una tecnica di r.a.<sup>3</sup>, richiede l'uso di tali tecniche. Essa rappresenta l'ipotesi in cui una donna che vuole un figlio ma non è in grado di (o non vuole) condurre la gestazione riesce ad ottenerlo tramite il ruolo vicario svolto da un'altra donna che compie tale prestazione (cd. «gestante per conto terzi»).

In ipotesi, la gamma di ragioni per cui tale opera suppletiva può venire compiuta risultano le più varie. Ne indichiamo alcune, a sommario esempio: affettività familiare, spirito di amicizia, solidarietà sociale, il pagamento di un corrispettivo in denaro e/o altro bene fungibile.

La donna incaricata in qualità di gestante per conto terzi, inoltre, nel ventaglio delle ipotesi possibili, può essere nubile, ovvero – rispetto ad un

<sup>1</sup> Il lessico utilizzato per indicare tale pratica e, in particolare, per indicare le sue diverse ipotesi applicative, non è affatto univoco (cfr. G. Cassano, *La procreazione artificiale*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 26; G. Cassano, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 55; I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3; G. Baldini, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 96; D. Clerici, *Procreazione artificiale, pratica della surroga e contratto di maternità: problemi giuridici*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 1987, p. 1011).

<sup>2</sup> In questo scritto si fa uso della locuzione «riproduzione artificiale» (nel seguito siglata «r.a.»), anziché di altre comunemente utilizzate in via sinonima (es. «riproduzione assistita», «fecondazione artificiale», «fecondazione assistita...»). Infatti, il vocabolo «riproduzione» risulta preferibile perché ha una portata più ampia e ricomprensiva del vocabolo «fecondazione», e risulta quindi idoneo per tutte le tecniche contemplate in questo scritto, anche per le ipotesi in cui si verifichi una maternità per conto terzi concomitante con un procedimento di clonazione nucleare (che non prevede la fecondazione gametica). Inoltre l'aggettivo «artificiale» è di portata più generale e ricomprensiva dell'aggettivo «assistita», ragion per cui quest'ultimo non pare congruo, ad esempio, in riferimento al ricorso ad una gestante per conto terzi oocellulare, la quale non assiste la madre committente, bensì opera una sua totale sostituzione biologica (vicariandola sia nell'apporto genetico che nella conduzione della gravidanza).

<sup>3</sup> Cfr. I. Corti, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 3.

uomo che non sia il padre genetico del nascituro – convivente *more uxorio*, coniugata, separata, divorziata<sup>4</sup>; e la sua diversa condizione familiare mostra rilievo sui criteri giuridici per l'attribuzione della genitorialità.

Il tema è infatti bifronte<sup>5</sup>, poiché riguarda la fase anteriore al parto, in merito alla qualificazione giuridica degli accordi intercorsi tra le parti (accordo tra committenti e gestante per conto terzi, accordo tra committenti e ginecologo e/o struttura medica deputati ad effettuare l'intervento, etc.) e alla validità ed efficacia dei rapporti obbligatori ivi contemplati, oltreché alla eventuale esperibilità giudiziale di una pretesa di adempimento ad opera degli interessati; ma – nel contempo – tale tema si spiega anche posteriormente al parto, in riferimento all'attribuzione giuridica della genitorialità e all'integrazione familiare del minore, avuto riguardo al suo miglior interesse.

### 1. Premessa

Alla gestazione per conto terzi nell'ordinamento italiano è oggi posto espresso divieto dall'art. 12 comma VI L. 40/2004<sup>6</sup>. Tuttavia essa ha costituito, e tutt'oggi costituisce, oggetto di interesse bioetico. Al di là della citata legge, pertanto, verificheremo il tema con riferimento all'ordinamento giuridico nel suo complesso.

La gestazione per conto terzi è caratterizzata da un peculiare riferimento eterologo, che si concreta nell'intervento partecipativo biologico di una donna terza rispetto ai membri della coppia da cui origina il progetto genitoriale.

A titolo di prima constatazione, possiamo rilevare come il ricorso a funzioni gestatorie altrui (talora, come vedremo, anche ad altrui materiale genetico) comporti la scissione dell'elemento naturalistico unitario che da sempre ha connotato il concetto di maternità (elemento, d'altronde, da reputarsi a tutt'oggi presupposto dal nostro ordinamento giuridico in tema di attribuzione della maternità, ai sensi dell'art. 269 comma III c.c.), nell'ipotesi ove il nato risulterà partorito da donna differente rispetto a colei da cui deriva il patrimonio genetico, ovvero diversa da colei che ha deciso con proprio atto volitivo di dare luogo alla riproduzione, e che successivamente intende assumere il ruolo di madre sociale e prendersi cura del nato nell'allevarlo.

In effetti, con l'uso della locuzione «gestazione per conto terzi»<sup>7</sup> si intende qualificare l'ipotesi di una donna che incarichi un'altra donna del

<sup>4</sup> Cfr. G. Cassano, *La procreazione artificiale*, cit., p. 27.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Legge 19 febbraio 2004 n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (pubblicata sulla «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, n. 45 di martedì 24.02.2004, pp. 5-13).

<sup>7</sup> Nell'uso generale, il lessico è piuttosto vario. In questa sede, tuttavia, si sceglie di assumere la locuzione «gestazione per conto terzi» per le seguenti ragioni. In senso tecnico-giuridi-

concreto svolgimento di un ruolo riproduttivo (totalmente o parzialmente) vicario, per il motivo che:

- non è in grado di instaurare (sterilità) o portare a termine (infertilità) una gravidanza<sup>8</sup> a cagione di disfunzioni del proprio organismo;
- intende sottrarsi ai disagi *fisici* della gravidanza (es. temporanea deformazione dell'addome, rischi connessi al parto, etc.) o ai suoi disagi *pratici* (es. interruzione dell'attività professionale, deformazione estetica, etc.).

Si tratta di una pratica che si è manifestata con frequenza nel contesto statunitense<sup>9</sup> (il dibattito giuridico è sorto principalmente a seguito del caso *Stern v. Whitehead*, relativo alla minore nota con lo pseudonimo di *Baby Melissa*, deciso in primo grado dalla *Superior Court of New Jersey*, in data 31 marzo 1987<sup>10</sup>), mentre è meno diffusa nel mondo europeo ove tuttavia rappresenta una *vexata quaestio* della discussione biogiuridica<sup>11</sup>.

co, per «terzo» si intende qualsivoglia soggetto estraneo al rapporto dedotto (ma che da quel rapporto può venire implicato, cfr. contratto a favore di terzi, art. 1411 c.c.). D'altronde, tale attribuzione di significato rispecchia la derivazione etimologica del vocabolo, che proviene dal francese *tiers*, persona estranea. La locuzione «gestante per conto terzi» risulta quindi espressiva dell'introduzione di un elemento alieno rispetto all'ordinario concetto di maternità (naturale), ma nel contempo conserva un taglio asettico (prettamente giuridico) che non sovraccarica la pronuncia di valenze emotive (che invece impregnano – ad esempio, come meglio vedremo in seguito – l'aggettivo «surrogata»). D'altronde, quando si parla di «terzi» ci si riferisce ad esseri umani, il che contribuisce a tener fermo che la trattazione in corso riguarda individui, in quanto tale tecnica viene applicata da persone su persone ed ha il fine di far nascere una nuova persona.

<sup>8</sup> Per «sterilità» si intende l'incapacità della coppia di concepire un figlio dopo aver trascorso un certo periodo di tempo (in genere: due anni) avendo rapporti sessuali di normale frequenza e senza fare uso di contraccettivi (cfr. C. Flamigni, *Il libro della procreazione*, Milano, Mondadori, 1998, pp. 272 ss.). Per «infertilità» si intende l'incapacità di condurre una gravidanza fino alla vitalità del feto (cfr. C. Flamigni, *Il libro della procreazione*, cit., p. 275, il quale tuttavia ritiene che tale definizione possa dare luogo a confusioni in rapporto al termine anglosassone *infertility* che indica la sterilità).

<sup>9</sup> Cfr. I. Picchiotti, *La maternità surrogata*, in G. Berlinguer, B. Morcavallo, a cura di, *Nascita, cura e morte. Lezioni di bioetica*, Roma, Università degli Studi, 2000, p. 35.

<sup>10</sup> Superior Court of New Jersey, *Stern v. Whitehead*, 31 marzo 1987 (in «Il foro italiano», 1988, coll. 98-112, nota di G. Ponzanelli, *Il caso Baby M., la «surrogate mother» e il diritto italiano*, coll. 98-103; in «Il diritto di famiglia e delle persone», 1987, pp. 1515-63, nota di A. Miranda, *Diritti dei genitori ed interesse del minore nel caso In Re «Baby M.»*, p. 1516-63; C. La Farina, *Il caso «Baby M.» alla luce dell'ordinamento italiano*, in «Giustizia civile», 1987, pp. 475-8).

<sup>11</sup> In Italia, risultano due casi giudiziari: Tribunale di Monza, sentenza 27 ottobre 1989 (in «Il foro italiano», 1990, coll. 298-304, nota senza titolo di G. Ponzanelli, pp. 298-9; in «Giurisprudenza di merito», 1990, pp. 240-8, nota di M.G. Maglio, *Spunti in tema di procreazione artificiale*, pp. 240-7; in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 1990, pp. 355-61, nota senza titolo di A. Liaci, pp. 361-6; in «Giurisprudenza italiana», 1990, pp. 296-305, nota di G. Palmeri, *Maternità «surrogata»: la prima pronuncia italiana*, pp. 295-300; in «Giustizia civile», 1990, pp. 478-84, nota di F.M. Cervelli, *Biogenetica, fecondazione artificiale e problemi giuridici emergenti*, pp. 485-7) e Tribunale di Roma, ordinanza 17 febbraio 2000 (in «Giurisprudenza di merito», 2000, pp. 530-7, nota di A.G. Cianci, *In tema di maternità surrogata e di misura d'urgenza emessa nei confronti dei genitori genetici e del medico*, pp. 537-44; in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2000, pp. 706-22, nota di L. D'Avack, *Nascere per contratto: un'ordinanza del Tribunale civile di Roma da ignorare*, pp. 722-36; in «Famiglia e diritto», 2000, pp. 151-6, nota senza titolo di M. Dogliotti, pp. 156-62, e nota senza titolo di G. Cassano, pp.

## 2. Classificazione delle tecniche

Occorre operare alcune distinzioni, anzitutto sul piano della derivazione genetica del nascituro, ove – anche in riferimento alla gestazione per conto terzi – si possono contrapporre due distinte ipotesi:

– l'ipotesi *omologa*, in cui la gestante per conto terzi concede la propria funzione gestazionale ma non instaura un rapporto di derivazione con il patrimonio genetico dell'embrione che proviene integralmente dalla coppia committente<sup>12</sup>;

– l'ipotesi *eterologa*, in cui l'ovocellula viene fornita da una donna che non è la madre committente del nascituro, bensì la stessa donna che svolgerà la gestazione<sup>13</sup> ovvero una donna ulteriore, cedente (presumibilmente) anonima<sup>14</sup>.

Una partecipazione biologica esterna ed estranea alla coppia è comunque intrinseca al concetto stesso di gestazione per conto terzi, che per l'appunto presuppone l'intervento di una gestante terza, per cui in tale tecnica è ineludibile un fondamento eterologo quantomeno organico-funzionale (anche se, come visto, non necessariamente sostanzial-genetico).

In virtù di tale considerazione, risulta improprio ragionare di gestazione per conto terzi in senso rigorosamente omologo, poiché essa comporta una incidenza eterologa a livello di procedimento gestazionale<sup>15</sup>, e pertanto risulta necessariamente eterologa sotto profilo biofisiologico, anche se non necessariamente sotto profilo genetico.

Tanto precisato, ciò non osta a che nel seguito venga utilizzato il termine «omologa» ad aggettivare la gestazione per conto terzi ove il patrimonio

162-77; in «Giustizia Civile», 2000, pp. 1157-63, nota di G. Giacobbe, *La giurisprudenza fonte primaria del diritto? Prime riflessioni su di una controversa ordinanza del Tribunale di Roma*, pp. 1163-8; in «Il Corriere Giuridico», 2000, pp. 483-8, nota di M. Sesta, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*, pp. 488-95); commenti all'ordinanza si possono leggere anche in: F. Busnelli, *Verso una madre intercambiabile?*, in «Bioetica», 2000, pp. 674-80; P. Donadoni, *Il desiderio e il diritto. Maternità per conto terzi?*, in «Ragion Pratica», 2000, pp. 247-62; G. Ferrando, *Commento all'ordinanza del Tribunale di Roma 14 febbraio 2000*, in «Bioetica», 2000, pp. 498-502; V. Fineschi, *Verso la maternità surrogata: il sofferto itinerario di una ordinanza*, in «Bioetica», 2000, pp. 503-8; M. Mori, *Libertà procreativa e pluralismo etico: il caso della «gravidanza surrogata»*, in «Notizie di Politeia», 2000, pp. 12-4; M. Mori, *Perché tanto zelo contro la gravidanza surrogata?*, in «Bioetica», 2000, pp. 681-4.

<sup>12</sup> L'embrione viene prodotto *in vitro* con gameti provenienti dalla coppia committente e inserito nell'utero della gestante per conto terzi portatrice (cfr. *infra* 3.b<sup>a</sup>).

<sup>13</sup> La gestante per conto terzi ovocellulare (cfr. *infra* 3.b<sup>b</sup>) di regola viene direttamente inseminata *in vivo*. In tale ipotesi l'embrione è eterologo rispetto alla coppia committente (gamete proveniente dalla gestante) ovvero – a seconda della prospettiva genitoriale che si assume – è eterologo rispetto alla gestante (gamete proveniente dal padre committente).

<sup>14</sup> Quest'ultima ipotesi (triplicazione del ruolo materno: committente + genetico + gestazionale) è tecnicamente possibile, per quanto a livello di realizzazione pratica piuttosto improbabile.

<sup>15</sup> Tale incidenza biologica eterologa assume un peculiare rilievo fattuale dato che, in corso di gestazione, la madre surrogata è in grado di trasmettere patologie al nascituro e, comunque, di incidere sulle sue future caratteristiche comportamentali.

genetico del nascituro risulti derivare integralmente dalla coppia committente, e ciò ad indicare il profilo sostanzial-genetico, in linea con l'univoca tendenza dottrina che riferisce il dualismo omologo/eterologo esclusivamente alla componente biologica di tipo genetico<sup>16</sup>.

Veniamo ora alle differenti ipotesi applicative della gestazione per conto terzi.

Il nascituro è il risultato della somma di due addendi ( $G+F=N$ ). Il primo addendo riguarda l'apporto biologico per la costituzione del patrimonio genetico del nascituro («G» da Genetico), distinguendo tra  $G^m$ , gamete maschile, e  $G^f$ , gamete femminile. Il secondo addendo riguarda lo svolgimento del ruolo gestatorio funzionale (per condurre la gravidanza e partorire il nascituro: «F» da Funzionale). Il terzo fattore, «N», indica il Nascituro, quale risultato dell'addizione di  $G+F$ . Pertanto,  $N$  deriva biologicamente sia da  $G$  che da  $F$ , mentre geneticamente deriva soltanto da  $G$  ( $G^m+G^f$ )<sup>17</sup>.

Lo schema generale dell'addizione riproduttiva, tenuto conto delle predette componenti, può essere così espresso:

$$G + F = N$$

Diversificando gli apporti genetici:

$$G^m, G^f + F = N$$

Il numero dei soggetti coinvolti è variabile e le concrete possibilità offerte sono molteplici. In effetti, l'applicazione della tecnica può coinvolgere (sotto profilo biologico) fino ad un massimo di tre soggetti contemporaneamente (ma attingendo ad una rosa di cinque diversi soggetti ipotetici).

Definiamo:

- « $\alpha$ », l'uomo committente (eventuale fornitore di sperma);
- « $\beta$ », la donna committente (eventuale fornitrice di ovocellula);
- « $\gamma$ », la terza gestante (eventuale cedente di ovocellula);
- « $\delta$ », la terza cedente (presumibilmente anonima) di ovocellula, non gestante;
- « $\epsilon$ », il terzo cedente (presumibilmente anonimo) di sperma.

Tenuti fermi i due elementi essenzialmente *semplici*: il fattore  $N$ , il nascituro, e l'addendo  $F$ , la gestante (che è sempre  $\gamma$ ); l'addendo  $G$  è natural-

<sup>16</sup> Una parte della dottrina definisce la «maternità surrogata [...] una forma di fecondazione artificiale eterologa» (G. Cassano, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, cit., pp. 54-5; e G. Cassano, *La procreazione artificiale*, cit., p. 26), ma ciò perché pur facendo riferimento al solo dato genetico esclude da tale nozione l'ipotesi della gestante portatrice (cfr. *infra* 3.b<sup>a</sup>). In realtà, a nostro giudizio, tale definizione potrebbe essere corretta ove si assumesse (ma non è quanto fanno gli autori citati) la nozione eterologa in riferimento all'apporto biologico anche di carattere biofisiologico e non solo genetico (in tal caso, tuttavia, non risulterebbe esclusa l'ipotesi della gestante portatrice).

<sup>17</sup> In questa sede non consideriamo l'ipotesi di una clonazione nucleare tramite maternità per conto terzi, per la quale mi permetto di rinviare a P. Donadoni, *Alcune questioni preliminari in tema di clonazione umana*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXV-1, 2005, pp. 129-55. Qualora considerassimo anche detta ipotesi, invece, non sarebbe corretto indicare il contributo genetico con gli addendi  $G^m+G^f$ , ma si dovrebbe ricorrere agli addendi  $G^1+G^2$ , data la natura agamica della riproduzione tramite clonazione nucleare (che, pertanto, in ipotesi consente un contributo genetico esclusivamente femminile).

mente *complesso*, poiché implica un duplice apporto genetico (congiunzione biologica del maschile e del femminile), ed eventualmente *variabile*, poiché tali soggetti non sono a ruolo fisso, bensì risultano suscettibili di intercam-bio ( $\alpha, \beta, \gamma, \delta, \epsilon$ ).

Sicché, all'interno del concetto di gestazione per conto terzi, è da ri-scontrarsi la concreta praticabilità di sei differenti ipotesi:

- ipotesi sub 1:  $\alpha, \beta + F = N$  (O);
- ipotesi sub 2<sup>A</sup>:  $\alpha, \delta + F = N$  (EPf);
- ipotesi sub 2<sup>B</sup>:  $\alpha, \gamma + F = N$  (EPf);
- ipotesi sub 3:  $\epsilon, \beta + F = N$  (EPm);
- ipotesi sub 4<sup>A</sup>:  $\epsilon, \delta + F = N$  (ET);
- ipotesi sub 4<sup>B</sup>:  $\epsilon, \gamma + F = N$  (ET).

Le sigle finali (poste fra parentesi), aventi scopo classificatorio, indica-no: «O», omologa; «EPf», eterologa parziale femminile; «EPm», eterologa parziale maschile; «ET», eterologa totale.

Nelle ipotesi sub 4<sup>A</sup> e 4<sup>B</sup> la coppia committente non possiede alcun rapporto (non solo genetico ma neppure) biologico con il nascituro (tali ipotesi sono state classificate come «ET»), per cui non pare opportuno ra-gionare in termini di gestazione per conto terzi, trattandosi in verità di ipo-tesi che possono essere ricondotte *tout court* all'istituto dell'adozione (ovve-ro ad una fraudolenta sottrazione alla disciplina giuridica di tale istituto).

Pertanto, vero è che in ipotesi sub 4<sup>A</sup> il nascituro potrebbe avere cin-que diversi 'genitori'<sup>18</sup> (due genitori committenti-sociali,  $\alpha$  e  $\beta$ , due genitori genetici,  $\delta$  e  $\epsilon$ , ed una madre gestante-partoriente,  $\gamma$ ), ma tale ipotesi - sot-to profilo giuridico - per coloro che ambiscono a divenire genitori sociali del nascituro non presenta rilevanti differenze rispetto al risultato ottenibile mediante una ordinaria domanda di adozione, salvo il possibile (ma *de iure condito* improponibile, ed anche *de iure condendo* alquanto improbabile) riconoscimento di un rilievo giuridico alla loro aprioristica volontà genito-riale, assumibile quale elemento *de facto* causale per l'instaurarsi di quella specifica gravidanza, totalmente prescindendo da un contributo biologico.

D'altro canto, tale ipotesi risulta poco ragionevole proprio da un punto di vista interno (vale a dire nell'ottica della stessa progettualità genitoria-le della coppia committente), dato che uno dei motivi primari di ricorso alla tecnica riproduttiva in esame risiede proprio nel desiderio di assicurare alla coppia genitoriale una discendenza espressiva di un legame genetico<sup>19</sup> (quantomeno parziale, sub 2<sup>A</sup>, 2<sup>B</sup>, 3, se non addirittura integrale, sub 1), ed in questo, per l'appunto, si giustificherebbe il ruolo alternativo e l'appeti-

<sup>18</sup> In letteratura è rassegnato un caso in cui tale ipotesi si è verificata: Re Buzzanca, Superior Court California for the County of Orange, Family Law Division, 27.08.1997, in «Famiglia e diritto», 1997, pp. 405-6, nota di V. Carbone, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità: il caso baby J.*, pp. 407-10.

<sup>19</sup> Cfr. I. Picchiotti, *La maternità surrogata*, cit., p. 35; I. Corti, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 5: «sfugge ad ogni logica la comprensione di una maternità sostitutiva che de-termini la nascita di un figlio privo di legame [ndr. genetico] con almeno uno dei genitori committenti».

bilità preferenziale della gestazione per conto terzi rispetto all'istituto dell'adozione. Il ricorso ad un intervento totalmente eterologo verrebbe invece, in certo qual modo, a contraddire la stessa ragion d'essere della tecnica.

La trattazione che segue, pertanto, circoscriverà la propria attenzione soltanto alle prime quattro ipotesi (sub 1, 2<sup>A</sup>, 2<sup>B</sup>, 3).

Infine, può presentarsi il caso (oltranzistico) in cui nella medesima gestante per conto terzi siano impiantati più embrioni appartenenti a committenti diversi (ed, eventualmente, anche di patrimonio genetico diverso), per cui ad una sola gravidanza vengono a corrispondere diversi accordi di gestazione per conto terzi, condotti e portati a compimento contemporaneamente<sup>20</sup>. Questa ipotesi (sarebbe forse più appropriato dire «queste ipotesi») di gestazione per conto terzi, cd. «plurima» o «gemellare», non viene contemplata nella presente trattazione in quanto costituisce una mera iterazione tra le ipotesi semplici quivi analizzate e, pertanto, non richiede riflessioni di carattere fattuale e/o linguistico nuove ed ulteriori.

### 3. Sul vocabolo «madre»

Veniamo ora a considerare i diversi tipi di madre<sup>21</sup> che sono individuabili nelle ipotesi (sub 1, 2<sup>A</sup>, 2<sup>B</sup>, 3) che, come detto, possono ritenersi esaurire i casi classificabili di gestazione per conto terzi.

(a) *Madre genetica*<sup>22</sup> [sub 1: β; sub 2<sup>A</sup>: δ; sub 2<sup>B</sup>: γ; sub 3: β] è la donna alla quale appartiene l'ovocellula da cui viene prodotto l'embrione. La madre genetica può coincidere con la gestante (cfr. *infra* b<sup>b</sup>: «gestante per conto terzi ovocellulare»), ma le due figure possono anche non coincidere (cfr. *infra* b<sup>a</sup>: «gestante per conto terzi portatrice»). La rappresentazione di una madre genetica ma non partoriente, configura ciò che si è avuto modo di (suggerivamente) definire «paternità femminile».

Si considera talora l'ipotesi della «cessione di ovociti»<sup>23</sup>, allorché la coppia si procuri il materiale genetico femminile da un terzo cedente, diverso

<sup>20</sup> Cfr. G. Baldini, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, cit., p. 99.

<sup>21</sup> La classificazione dei tipi di madre elaborata nel testo è originale. D'altronde non pare di poter affermare che ad oggi la dottrina abbia raggiunto un accordo. Per consultare altre classificazioni, cfr.: G. Baldini, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, cit., p. 96; R. Barcaro, *L'approccio femminista alla bioetica. Il caso della maternità surrogata*, in M. Marsonet, a cura di, *Donne e filosofia*, Genova, Erga, 2001, pp. 209-10; I. Picchiotti, *La maternità surrogata*, cit., p. 36.

<sup>22</sup> In via sinonima alla locuzione «madre genetica» si usa anche «madre biologica». Non concordo con tale prassi linguistica poiché, dato che la genetica costituisce un ramo della biologia, la nozione di «madre biologica» è più ampia, e pertanto risulta in grado di coinvolgere anche la gestante per conto terzi portatrice (non ovocellulare) stante l'iterazione (biologica, per l'appunto, ma non genetica) della gestante con il nascituro che porta in grembo.

<sup>23</sup> La cessione di ovociti (al pari della cessione di sperma) può avvenire a scopo lucrativo o oblativo. Nella prima ipotesi si tratta di una «compravendita di ovociti», nella seconda ipotesi di una «donazione di ovociti». Il vocabolo «donazione» non è da intendersi in senso

dalla gestante (analogamente al caso – speculare – del ricorso a cedente di sperma per procurarsi materiale genetico maschile<sup>24</sup>), materiale necessario per provvedere alla produzione *in vitro* di embrioni, che successivamente vengono impiantati nell'utero della gestante (la donna che vuole essere madre e pertanto conduce la gravidanza e partorisce il proprio figlio, oppure – in ipotesi di gestazione per conto terzi, sub 2<sup>A</sup> – la madre gestazionale portatrice).

La cessione di ovociti costituisce l'ipotesi meno innovativa ed, al pari della cessione di sperma, può essere anonima e non comportare (come di regola avviene) alcuna assunzione di responsabilità genitoriale nei confronti del nato.

La cessione di ovociti in sé stessa non può ritenersi rientrare nella nozione di «gestazione» per conto terzi, dato che non presuppone necessariamente che la gravidanza venga condotta da una donna diversa rispetto a colei che intende divenire madre, ma può ritenersi rientrare nella nozione di «maternità» per conto terzi, dato che colei da cui deriva il patrimonio genetico del nascituro sotto profilo fattuale svolge un ruolo, e fornisce un contributo, materno (cfr. *infra* c la distinzione tra «gestazione» e «maternità» per conto terzi).

(b) *Gestante per conto terzi* (o madre gestazionale) è colei che conduce la gravidanza su incarico e nell'interesse di uno o più committenti. All'interno di tale nozione, a sua ulteriore precisazione, si può discernere tra una surrogazione «parziale», individuata nella figura della gestante portatrice, ed una «totale», individuata nella figura della gestante ovocellulare<sup>25</sup>.

(b<sup>a</sup>) *Gestante (per conto terzi) portatrice*<sup>26,27</sup> [sub 1: γ; sub 2<sup>A</sup>: γ; sub 3: γ] è colei che mette a disposizione l'utero in cui impiantare l'embrione. In

tecnico-giuridico (contrattualistico), bensì quale atto indotto da spirito di liberalità, così come avviene in tema di donazione degli organi a scopo di allotrapianto terapeutico. In questo testo si assume la locuzione «cessione di ovociti» in quanto dotata di valenza generale, così da poter comprendere sia l'ipotesi lucrativa che quella oblativa.

<sup>24</sup> Tuttavia, nella comparazione tra le due ipotesi preme rilevare una (eventuale) differenza fattuale. Nella cessione di ovocellula, infatti, la formazione dell'embrione avviene necessariamente *in vitro*, mentre lo sperma fecondo può essere inoculato direttamente in vagina per fecondare *in vivo* l'ovocellula della ricevente.

<sup>25</sup> Utilizza la distinzione tra surrogazione totale e parziale, ma in senso rovescio a quello qui proposto, I. Corti, *La maternità per sostituzione: analisi del fenomeno*, in C.A. Graziani e I. Corti (a cura di), *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, Giuffrè, p. 13.

<sup>26</sup> In via sinonima si usano (talvolta con accenti diversi): «madre uterina», «madre incubatrice» e «gestante sostitutiva». Secondo alcuni autori la maternità gestazionale portatrice non costituisce un caso di maternità per conto terzi, ma va tenuto distinto e qualificato come «gestazione sostitutiva» (cfr. R. Barcaro, *L'approccio femminista alla bioetica. Il caso della maternità surrogata*, cit., p. 209).

<sup>27</sup> Il sostantivo femminile «portatrice» dipende dal verbo «portare» che etimologicamente deriva dal latino *portare*, a sua volta disceso da *porta*, che nel significato originario significava passaggio. Pertanto la locuzione «madre portatrice» individua colei che funge da tramite per il nascituro tra il mondo delle idee (per dirla con Platone) ed il mondo reale, accogliendolo ed

tal caso si parla talvolta, impropriamente (non essendo plausibile l'applicazione delle categorie contrattuali), di «comodato» o «locazione» dell'utero, a seconda della natura – rispettivamente – oblativa<sup>28</sup> o lucrativa della prestazione gestatoria svolta dalla madre surrogata.

Il ricorso ad una madre gestante portatrice si verifica quando la coppia pur disponendo (di tutto o parte) del materiale genetico abbisogna tuttavia di un grembo materno che accolga e compia la gestazione.

Si produce l'embrione (omologo o eterologo) *in vitro*, con fecondazione spermatica degli ovociti prelevati dal follicolo ovario (fatta salva l'ipotesi del ricorso a tecniche di clonazione nucleare), per poi introdurlo nell'aliena cavità uterina (*f.a.*<sup>29</sup> *esterna*).

Questa ipotesi per il giurista (*de iure condendo*) è la più complessa, poiché sussiste una innegabile duplicità partecipativa (anche sotto profilo biologico) al processo riproduttivo: una madre committente-genetica<sup>30</sup> ed una madre gestante e partoriente (ambedue, quindi, madri biologiche).

(b<sup>b</sup>) *Gestante (per conto terzi) ovocellulare*<sup>31</sup> [sub 2<sup>B</sup>: γ] è colei che fornisce sia l'ovocellula da cui si produce *in vivo* (o viene prodotto *in vitro*) l'embrione, che l'utero in cui lo stesso attecchisce (o viene impiantato per via artificiale). Pertanto, è da considerarsi nel contempo madre genetica e portatrice. Il metodo più usuale consiste nell'inoculazione dello sperma in vagina (*f.a. interna*).

In questa ipotesi si chiede al giurista di scegliere se dare prevalenza al contributo biologico-naturalistico della donna che svolge il ruolo materno riproduttivo in misura integrale, ovvero se dare prevalenza all'apporto meramente volitivo (tuttavia anch'esso rilevante sotto profilo causale) della donna committente che (per prima) ha progettato e deciso l'evento riproduttivo.

accompagnandolo durante l'embriogenesi. D'altronde, in diritto privato il titolo di credito «al portatore» è quello che può essere legittimamente riscosso da chiunque essendone in possesso (pur senza esserne il proprietario) lo presenti all'incasso. Così la madre portatrice sarebbe colei che conduce il nascituro fino al parto (nonostante costui derivi il proprio patrimonio genetico da altri).

<sup>28</sup> L'ipotesi oblativa viene di frequente qualificata anche come «prestito» o «donazione» di utero. Anche in questo caso, il vocabolo «donazione» non è da intendersi in senso tecnico-giuridico (contrattualistico), bensì quale atto indotto da spirito di liberalità, come avviene in tema di donazione degli organi a scopo di allotrapianto terapeutico.

<sup>29</sup> Si parla di *f.a.* (anziché di *r.a.*) dato che *in vitro* avviene esclusivamente la fase di fecondazione, mentre il processo di riproduzione esprime una nozione più ampia, che comprende anche la successiva fase gestatoria e partoriente.

<sup>30</sup> Se l'ovocellula da cui è stato prodotto l'embrione proveniva dalla madre committente (ipotesi sub 1 e 3).

<sup>31</sup> La locuzione elaborata nel testo è originale. In via sinonima, nel dibattito bioetico, si usano: «madre donante», «madre di sostituzione», «madre vicaria» o «madre per concepimento e gestazione». Si segnala Ruffolo ove definisce la «madre vicaria» una «nutrice prenatale» (U. Ruffolo, saggio senza titolo, in C.A. Graziani e I. Corti, a cura di, *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, Giuffrè, p. 29).

Si preferisce non ricorrere alla, pur diffusa, espressione gestante cd. «donante», e ciò quanto meno per due ragioni. Anzitutto, la gestante per conto terzi può svolgere il proprio ruolo dietro il pagamento di un corrispettivo, per cui se «donante» viene inteso, secondo il senso comune, come espressivo di un'etica del dono, l'uso risulta inappropriato. In ogni caso, anche assumendo questa prospettiva, si dovrebbe comunque fare uso del vocabolo «donatore», e non «donante», come in effetti accade, ad esempio, nei prelievi per allotrapianti terapeutici.

Se invece «donante» viene inteso in senso tecnico-giuridico, allora par chiaro da una parte che l'istituto civilistico della donazione non ha molto a che spartire con la fattispecie in oggetto, e comunque che le categorie contrattuali non sono applicabili alla gestazione per conto terzi. Quest'ultima affermazione richiederebbe di venire ampiamente trattata, ma in questa sede mi limiterò a rilevare che l'oggetto della prestazione riproduttiva sono componenti e funzioni dell'organismo femminile, elementi inadatti a costituire oggetto di una obbligazione pattizia secondo il nostro ordinamento giuridico.

Ecco perché, dovendo stabilire una locuzione d'uso, si preferisce optare per una qualificazione di tipo fattuale, volta ad individuare gli elementi caratterizzanti il contributo fornito dalla donna che svolge il ruolo riproduttivo per conto terzi. In questa ipotesi, la sua prestazione si caratterizza per il contributo genetico (dato che essa fornisce l'ovocellula) e per la conduzione della gravidanza: «gestante per conto terzi ovocellulare», dunque.

Veniamo ora ad alcune considerazioni in tema di maternità gestazionale, per meglio distinguere le due ipotesi enunciate. Nel seguito, per «processo riproduttivo» si intende il concepimento genetico del nascituro (la formazione dello zigote per fecondazione) ed anche la successiva fase di gestazione che culmina con il parto.

La madre genetica ma non portatrice né committente (ipotesi sub 2<sup>A</sup>:  $\delta$  = cedente di ovociti) partecipa al processo riproduttivo da un punto di vista puramente esterno. Infatti, il suo materiale genetico (l'ovocellula) viene implicato direttamente nel concepimento, ma con operazione tecnica effettuata *in vitro*, per cui ella risulta assente sia nel momento del concepimento che durante la gestazione successiva all'impianto dell'embrione eterologo. In tal caso, pertanto, è possibile garantirne l'anonimato: la cedente di ovociti resta estranea alla percezione psicofisica della coppia committente e del nascituro (in maniera non dissimile da quanto avviene per il cedente di sperma<sup>32</sup>).

Affine ma non analogo, invece, il caso della madre genetica non portatrice che sia però committente dell'operazione, intendendo divenire madre sociale del nato (ipotesi sub 1 e sub 3:  $\beta$ ). Essa viene implicata sia dal con-

<sup>32</sup> Sotto il profilo che qui rileva, le due posizioni sono assimilabili. Il cedente di sperma, infatti, è padre «genetico» del nato da embrione prodotto con l'utilizzo del suo sperma, così come la cedente di ovocellula è madre «genetica» del nato da embrione prodotto con l'utilizzo della sua ovocellula.

cepimento, poiché fornisce il proprio apporto genetico (ma non resta anonima), che dalla gestazione, potendo con la sua presenza affiancare la gestante, così svolgendo un ruolo di accompagnamento e compartecipazione.

La madre gestazionale portatrice, invece, instaura con il nascituro un legame intimo e personale, che comporta il collegamento e l'iterazione di funzioni vitali biofisiologiche, nonché l'intensità del vissuto della gravidanza. Tuttavia, pur mostrando un collegamento biofisiologico con il nascituro, essa non possiede alcun collegamento genetico con lo stesso<sup>33</sup>.

Infine, nelle ipotesi sub 2<sup>A</sup> e sub 2<sup>B</sup>, la madre committente non può partecipare al concepimento, ma soltanto, e indirettamente, alla gestazione (potendo permanere la sua presenza di accompagnamento e compartecipazione), giacché non fornisce alcun contributo naturalistico, sotto profilo né genetico né biofisiologico, essendo il ruolo materno integralmente adempiuto nell'un caso (sub 2<sup>A</sup>) da due donne terze ( $\delta+\gamma$ ), nell'altro (sub 2<sup>B</sup>) dalla gestante per conto terzi ovocellulare ( $\gamma$ ).

(c) *Madre per conto terzi*<sup>34</sup> è vocabolo che quivi viene utilizzato in senso generale, per indicare colei che fornisce un qualche contributo biologico materno in favore del figlio destinato ad altra donna. Pertanto, sono madri per conto terzi sia la madre genetica che la madre gestante.

Da ciò deduciamo che se le due figure coincidono (madre per conto terzi ovocellulare – sub 2<sup>B</sup>, che è genitore sia per contributo genetico che per conduzione della gravidanza), abbiamo una madre per conto terzi che coincide con la gestante, mentre se le due figure non coincidono (madre

<sup>33</sup> Come già precisato, la nozione di «biologia» deve ritenersi più ampia della nozione di «genetica», ponendosi in rapporto di *genus ad speciem* (la genetica è un ramo dell'albero biologico). Nell'ipotesi in esame, per collegamento «genetico» s'intende l'aver partecipato a determinare il genoma del nascituro; per collegamento «biofisiologico», invece, si intendono i nove mesi di iterazione tra gli organismi di gestante e nascituro. In ambedue i casi si tratta comunque di collegamenti di tipo biologico.

<sup>34</sup> In via sinonima alla locuzione «madre per conto terzi», si utilizzano anche «madre surrogata», «madre su commissione», «madre commissionaria» o «madre sostituta». Premesso che la locuzione «maternità per conto terzi» nel significato assunto in questo scritto non è assimilabile a quella comunemente utilizzata nel dibattito bioetico, ma – per l'appunto – è più ampia (poiché in grado di ricomprendere anche la cedente di ovocellula, seppure non gestante), in ogni caso la scelta di ricorrere all'espressione «per conto terzi» anziché ad altre qualifiche non è casuale. L'aggettivazione «surrogata», ad esempio, è frequente nel dibattito bioetico, sia presso gli addetti ai lavori che nell'uso degli organi d'informazione. Il verbo «surrogare» etimologicamente deriva dal latino *subrogare* (composto di *sub-* e *rogare*). In italiano, il verbo «surrogare» indica l'azione di mettere qualcuno o qualcosa in luogo di altra persona o cosa. Similmente l'aggettivo «surrogato» indica una cosa che è in grado di sostituire un'altra cosa. Ancóra, il sostantivo «surrogato» indica un prodotto di minor pregio usato al posto di un altro prodotto genuino originale. In ambedue i casi risulta una attitudine del vocabolo ad inerire *res* oltre che *personae*. Pertanto, la locuzione «madre surrogata» non può che possedere una connotazione negativa se applicata ad una persona, poiché l'avvicina agli oggetti e richiama un ruolo funzionale e sostitutivo (di minor pregio, non genuino). Pertanto, in questa sede, nonostante l'uso generalizzato della locuzione «madre surrogata», oramai acquisita sia dalla letteratura scientifica che dagli organi di informazione, si preferisce optare per la locuzione «gestante per conto terzi», anche tenuto conto della prospettiva giuridica della presente trattazione.

per conto terzi portatrice), possiamo avere una sola madre per conto terzi (la gestante – sub 1 e 3), ovvero due madri per conto terzi (la madre genetica e la gestante – sub 2<sup>A</sup>).

Diversamente dall'operato di varia e pur autorevole dottrina<sup>35</sup> che distingue tra «madre surrogata», per il caso di gestante per conto terzi ovocellulare, e «locazione di utero»<sup>36</sup>, per il caso di gestante per conto terzi portatrice, ci pare congruo accogliere invece altra prospettiva che propone l'uso generale ed unitario di una locuzione onnicomprensiva<sup>37</sup>.

Riteniamo infatti che sia il ricorso ad una gestante per conto terzi portatrice che il ricorso ad una gestante per conto terzi ovocellulare implichi comunque l'atto sostitutivo di una donna rispetto ad un'altra relativamente a specifiche funzioni (anche biologiche) di maternità (gravidanza), e che pertanto risulti pertinente in ambedue le ipotesi ragionare in termini di «surrogazione» (si potrebbe semmai distinguere tra una surrogazione 'totale' ed una 'parziale', cfr. *supra* § 3.b).

Motivata la scelta di una locuzione unitaria per definire ambedue le ipotesi comprendendole in un'unica categoria, si predilige tuttavia il ricorso alla locuzione «gestante per conto terzi», e ciò per le ragioni esposte nella nota n. 34, tenuta ferma la distinzione tra la nozione di «madre» per conto terzi e quella più circoscritta di «gestante» (per cui la gestante per conto terzi è sempre una madre per conto terzi, ma quest'ultima può anche non svolgere la gestazione ma aver fornito il materiale genetico).

(d) *Madre sociale*<sup>38</sup> [in tutte le ipotesi esposte, secondo la comune volontà, quantomeno iniziale, delle parti, dovrebbe essere  $\beta$ ] è la donna che accudisce, alleva ed educa il nato.

Nelle intenzioni di coloro che ricorrono ad una pratica di gestazione per conto terzi, il membro femminile della coppia committente dovrebbe svolgere il ruolo di madre sociale del nato (nell'ordinamento giuridico attuale, volendo prescindere dal divieto posto dall'art. 12 comma VI L.

<sup>35</sup> Cfr. G. Baldini, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, cit., p. 96; ripreso in G. Cassano, *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, cit., p. 54, e in G. Cassano, *La procreazione artificiale. Profili di diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 25 e 27.

<sup>36</sup> Nello specifico si rileva, inoltre, come il contratto di locazione sia essenzialmente a scopo di lucro (se è gratuito, si tratta di un comodato), mentre la prestazione della madre per conto terzi può essere oblativa, per cui la locuzione «locazione di utero» è di carattere prettamente giuridico ma non rispetta la nozione giuridica che sottende.

<sup>37</sup> Opta per la locuzione «madre surrogata», ad esempio, P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2000, pp. 194-5, nota n. 9.

<sup>38</sup> Talora, in espressa contrapposizione alla locuzione «madre surrogata», si definisce colei che intende divenire madre sociale del nascituro come «madre surrogante», talaltra, in contrapposizione a «madre su commissione», la si definisce come «madre commissionante». Il criterio distintivo risulta di tipo temporale: prima della consegna del nato siamo in presenza di una madre surrogante o commissionante, a seguito dell'avvenuta consegna di una madre sociale. L'aggettivo italiano «sociale» è la traduzione del latino *sociale*, dal sostantivo *socius*, compagno. Pertanto, con la locuzione «madre sociale» si individua colei che sarà «compagna» (presenza fisica) nel quotidiano del nato durante la vita postnatale, vale a dire colei che se ne prenderà cura.

40/2004, essa potrebbe qualificarsi come «madre adottiva», a seguito dell'accoglimento giudiziale di una domanda di adozione particolare ex art. 44 L. 184/1983).

La madre sociale può avere un legame biologico col nato, in qualità di madre genetica (ipotesi sub 1 e 3), ovvero non avere alcun legame biologico (qualora il materiale genetico del nato sia stato fornito da altra donna, nelle ipotesi sub 2<sup>A</sup> e 2<sup>B</sup>).

(e) *Madre giuridica*<sup>39</sup> è colei riconosciuta come madre dal diritto positivo vigente in un dato ordinamento (in Italia, la partoriente ai sensi dell'art. 269 comma III cod. civ.).

Riflettendo *de iure condendo*, perplessità possono sorgere in merito all'attribuzione della maternità alla partoriente specialmente nell'ipotesi sub 1 in cui il nascituro deriva integralmente il proprio patrimonio genetico dalla coppia committente ( $\alpha+\beta$ ), mentre la partoriente ( $\gamma$ ) ha svolto un ruolo meramente funzionale; e parimenti nell'ipotesi sub 3, per analoga ragione (infatti, nonostante il genoma del nascituro sia eterologo, egualmente il legame genetico materno risulta con la donna committente,  $\beta$ , anziché con la partoriente,  $\gamma$ ).

Difficile invece negare la fondatezza del diritto alla maternità giuridica della partoriente quantomeno nell'ipotesi sub 2<sup>B</sup> (gestante per conto terzi ovocellulare)<sup>40</sup>. In tale ipotesi, infatti, l'unica possibilità di escludere un suo diritto sarebbe assolutizzare l'elemento volontaristico della decisione di divenire genitore e – di contro – invalidare l'elemento genetico e, più in generale, biologico.

All'interno della maternità giuridica si può distinguere tra:

(e<sup>a</sup>) *Madre legittima*: è colei che, coniugata, si dichiara tale nell'atto di nascita del figlio, ovvero colei che ha provveduto a legittimare il riconoscimento del figlio dopo aver contratto matrimonio con l'uomo con cui l'aveva concepito.

(e<sup>b</sup>) *Madre naturale*: è colei che si dichiara tale nell'atto di nascita del figlio concepito al di fuori di un contesto matrimoniale.

(e<sup>c</sup>) *Madre adottiva*: è colei che viene dichiarata madre a conclusione di un procedimento giurisdizionale di adozione ai sensi della L. 184/1983<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Il significato etimologico corrisponde a quanto già intuitivamente ovvio, poiché «madre giuridica» è colei che risulta madre secondo il diritto (l'avverbio «giuridicamente» vuol dire, per l'appunto, secondo diritto). Il latino *iuridicu(m)* è vocabolo composto di *ius*, diritto, e *dicere*, dire: detto dal diritto, relativo al diritto. In via sinonima alla locuzione «madre giuridica» si usano anche «madre legale» o «madre civile».

<sup>40</sup> Così anche I. Picchiotti, *La maternità surrogata*, cit., p. 40.

<sup>41</sup> Legge 4 maggio 1983 n. 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* (in Supplemento ordinario n. 28 alla «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, serie generale, di martedì 17 maggio 1983 n. 133, pp. 3-23).

#### 4. Conclusioni

La scientificità dell'approccio alle questioni bioetiche non può che transitare attraverso l'uso di un linguaggio conforme ai dati reali ed espressivo delle distinzioni che si rendono necessarie per parlare delle stesse cose con le stesse parole e di cose diverse con parole diverse. Tuttavia, stante la carenza di un linguaggio corrente univoco, occorre operare delle scelte, argomentarle, e procedere alla progressiva costruzione di un linguaggio condiviso.

In questo scritto ho condotto un tentativo di verifica del linguaggio atinente alla gestazione per conto terzi, con lo scopo di svolgere una operazione preliminare rispetto alla discussione filosofico-giuridica, e funzionale al buon esito della stessa.