

ARGOMENTI PRO E CONTRO LA LEGALIZZAZIONE DELLA GESTAZIONE PER ALTRI

GIORGIO MANIACI



Argomenti pro e contro la legalizzazione della gestazione per altri

Arguments for and against the legalisation of surrogacy

GIORGIO MANIACI

Professore associato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Palermo.
E-mail: giorgio.maniaci@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo, analizzo gli argomenti principali in favore e contro la legalizzazione della gestazione per altri commerciale, in particolare l'argomento del valore dell'autonomia individuale, l'argomento perfezionista, quello lato sensu comunitarista, quello della mercificazione e quello secondo cui la pratica contrattuale della maternità surrogata sia intrinsecamente maschilista

In this article, I analyse the main arguments for and against the legalisation of commercial surrogacy, in particular the argument concerning the value of individual autonomy, the perfectionist argument, the communitarist argument, the commodification argument, and the argument according to which the contractual practice of surrogacy is intrinsically male chauvinistic.

KEYWORDS

gestazione per altri, autonomia individuale, mercificazione

surrogacy, individual autonomy, commodification

Argomenti pro e contro la legalizzazione della gestazione per altri

GIORGIO MANIACI

1. *Introduzione* – 2. *Argomenti in favore della gestazione per altri* – 3. *Classici argomenti contro l'autonomia individuale* – 4. *Il diritto alla genitorialità* – 5. *Argomento della mercificazione* – 5.1. *Seconda obiezione* – 5.2. *Terza obiezione* – 5.3. *Quarta obiezione* – 6. *La maternità surrogata è una pratica maschilista?* – 7. *Danni ai bambini* – 8. *Il problema dell'exploitation.*

Juno, madre biologica: “E poi, venuto dal nulla, eccolo lì. Lui era lì (...). Bleeker [il padre] ha deciso che non voleva vedere il bambino. Neanche io ho voluto vederlo. Davvero, non ci sembrava nostro. Credo che sia sempre stato suo [della madre adottiva]”.
Vanessa, madre ricevente o adottiva, prende in braccio il bambino: “Come sto?”. Madre di Juno: “Come una neomamma, spaventata a morte”

(*Juno*, di Jason Reitman, 2007)

È come guidare la macchina. Quegli ostili imbecilli belligeranti prendono tutti la patente. Invece per fare figli non serve la patente, non devi provare niente. Serve la licenza per pescare, serve la licenza per fare il barbiere, serve la licenza per vendere hot dogs, e uno legge di quei poveri bambini picchiati e affamati e si domanda, ma perché a quei genitori è stato permesso di metterli al mondo...

(*Basta che funzioni*, di Woody Allen, 2009)

1. *Introduzione*

Prima di analizzare gli argomenti pro e contro la gestazione per altri (gpa) a titolo oneroso (mi occuperò soltanto di quella che prevede un corrispettivo), detta anche maternità surrogata (userò i due termini come sinonimi), devo effettuare una premessa generale. Questo articolo sarà in linea di massima un articolo di etica normativa. Gli argomenti utilizzati e la bibliografia saranno coerenti con questo scopo. Dunque, non è compito principale di questo lavoro effettuare una disamina comparatista dei vari contratti di gestazione per altri leciti o illeciti nel mondo. Né mi preoccuperò, dal punto di vista del diritto positivo, italiano o straniero, della giurisprudenza della nostra Corte costituzionale e della CEDU. Ciò detto dobbiamo premettere cosa si intenda con gestazione per altri a titolo oneroso: si tratta di una pratica contrattuale in base alla quale una donna, la madre biologica, porta avanti una gravidanza e rinuncia dopo il parto ai diritti sul bambino, consegnandolo, in cambio di un corrispettivo, alla coppia contraente o committente, spesso, ma non necessariamente, una coppia con problemi di sterilità.

Come dice Pozzolo, ma non è un suo pensiero particolare, piuttosto un elenco che si può trovare in qualsiasi manuale di bioetica,

«occorre distinguere fra GPA tradizionale e gestazionale. Mentre nella *prima*, [che non è più molto utilizzata], viene fecondato l'ovocita della madre biologica con lo sperma del padre biologico e intenzionale (questa pratica può prevedere una fecondazione in vitro (IVF) ma non necessariamente), in quella *gestazionale* si possono distinguere vari casi:

1. la madre biologica sviluppa la gravidanza di un embrione fecondato del quale i genitori committenti o riceventi (che stipulano il contratto) sono anche i genitori genetici [caso infrequente];

2. nella madre biologica viene impiantato l'ovulo di una terza donna, fecondato con lo sperma del solo padre genetico e committente (ricevente). La madre committente o ricevente avrà solo un legame sociale [caso più frequente];
3. nella madre biologica viene impiantato l'ovulo della madre intenzionale (ricevente), fecondato con lo sperma di un secondo uomo. Il padre committente e ricevente avrà solo un legame sociale (caso piuttosto raro);
4. la madre biologica porta avanti una gravidanza con l'ovulo di una terza donna, fecondato con lo sperma di un secondo uomo. Entrambi i genitori avranno solo un legame sociale»¹.

Sarebbe importante sottolineare che, come per altri atti di disposizione del proprio corpo importanti e irreversibili, come l'interruzione di gravidanza, l'eutanasia o il suicidio assistito, il cambiamento di genere sessuale, la sterilizzazione volontaria, è opportuno, secondo me, prevedere una procedura di accompagnamento alla decisione, come un colloquio con un medico e con un avvocato, individuato dall'associazione no profit o dall'ente pubblico che fa da intermediario, attraverso la quale si informa la futura madre surrogata dei suoi diritti e obblighi, di quali clausole contrattuali sono legali, delle esperienze statisticamente rilevanti delle altre madri surrogate², dei rischi, come disagi e malattie (che analizzo più avanti) che possono essere una conseguenza della gravidanza³. La procedura di accompagnamento alla decisione normalmente prevede anche l'accertamento di alcuni requisiti del consenso, come la razionalità, la capacità di intendere e volere, la libertà da pressioni coercitive. E, come abbiamo visto la conoscenza dei fatti rilevanti.

2. Argomenti in favore della gestazione per altri

Gli argomenti più importanti che si possono addurre in favore della gestazione per altri sono due e sono ben noti. Da un lato, vi è l'importanza del valore dell'autonomia individuale, il diritto di ciascuno di vivere la propria vita, nei limiti umanamente possibili, in accordo con i propri valori, desideri, progetti, concezioni filosofiche e religiose. Valore tutelato da una concezione liberale o antipaternalista⁴. Dall'altro lato, il diritto alla genitorialità soprattutto delle coppie in-

¹ POZZOLO 2016a, 56.

² Cfr. DAMELIO, SORENSEN 2008, 270 e 277.

³ FABRE 2006, 218-219. Non concordo con l'idea, espressa da alcuni autori, secondo la quale se il feto avesse delle anomalie genetiche o altre malformazioni, e se la madre biologica non volesse abortire, i genitori committenti o riceventi sarebbero obbligati a crescerlo. Come accade anche ai genitori che non fanno ricorso alla maternità surrogata, la madre può effettuare un parto anonimo e abbandonare il bambino che sarà dichiarato adottabile.

⁴ Possiamo denominare, più precisamente, *antipaternalismo giuridico moderato* la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto agente autorizzato dallo Stato, non ha il diritto di usare la coercizione contro la volontà di un individuo adulto al fine, esclusivo o principale, di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico (ledendo in questo modo il suo bene), se è certo o verosimile che la volontà di tale individuo adulto di compiere attività pericolose e/o dannose si sia formata in modo razionale, sia espressa da persona capace di intendere e volere, sia basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sia stabile nel tempo e sia sufficientemente libera da pressioni coercitive. A maggior ragione, ovviamente, lo Stato non può limitare la libertà dell'individuo se l'azione che vuole compiere non cagiona alcun danno all'individuo medesimo. In base all'antipaternalismo moderato qui difeso, infatti, se il consenso dell'individuo non è, nel senso specificato, viziato, la sua libertà d'azione può essere limitata, mediante l'uso della coercizione, solo se cagiona danni a terzi. Si tratta del famoso Principio del danno (*Harm to Others Principle*) elaborato da John Stuart Mill. D'ora in poi, per semplicità, parlerò di antipaternalismo per riferirmi sempre all'antipaternalismo giuridico moderato. Cfr. ALEMANY 2006, 381 ss.; DICIOTTI 2005, 100 ss., 112; FEINBERG 1986, 10 ss.; FEINBERG 1984, 31 ss.; MILL 1997, 12 ss. Sul tema cfr. MANIACI 2012: cap. I, § 1. Feinberg denomina una concezione analoga a quella qui difesa paternalismo moderato. Cfr. FEINBERG 1986, 12 ss. Secondo Feinberg «Soft paternalism holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct (...) when but only when that conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not». Sul tema che, in questa sede, non posso approfondi-

fertili. Senza dilungarmi sulla nozione di autonomia individuale, che ho approfondito altrove, possiamo dire che, in linea di massima, i requisiti, che l'agente deve possedere o che si possa ragionevolmente presumere che abbia, per raggiungere un grado sufficiente di autonomia sono quattro, sufficiente razionalità e capacità di intendere e volere, stabilità nel tempo delle preferenze dell'agente, sufficiente libertà da pressioni coercitive nella formazione delle preferenze dell'agente, conoscenza dei fatti rilevanti⁵. Il concetto di razionalità che adottato è quello formale di Williams in *Internal and External Reasons*⁶ e di Elster⁷ secondo cui gli errori che un individuo può commettere, dal punto di vista della razionalità sono pochi, essenzialmente credenze palesemente false, contraddizioni logiche o altre fallacie, *wishful thinking*, preferenze adattive, conformismo. (Per ragioni di sintesi non posso difendere qui questa concezione, per cui rinvio ad altri lavori⁸). Ciò che determina incapacità di intendere e volere è, invece, uno stato di ipnosi, di shock, o una intossicazione da droghe o alcol. Il caso paradigmatico di pressione coercitiva è la minaccia di un danno fisico, psicofisico, economico, da parte di un terzo. La conoscenza dei fatti rilevanti è strettamente connessa alle credenze ritenute corrette o vere dalla comunità scientifica di riferimento, per cui la madre surrogata, come già detto, viene informata ad esempio delle clausole contrattuali che implicano diritti e obblighi, e dei disagi e malattie che possono derivare da una gravidanza secondo la (maggioranza della) comunità scientifica di riferimento. Per soddisfare il requisito della stabilità nel tempo dei desideri è sufficiente dare al soggetto agente, alla madre surrogata, un tempo per riflettere, ad esempio due settimane, prima di stipulare il contratto, di modo da essere più sicuri che non vi siano ripensamenti, rimpianti o rimorsi. Vi è normalmente un nocciolo comune di significato, come notato da vari autori, nei vari sensi di autonomia, individuale, territoriale, contabile, negoziale, amministrativa. In tutti i casi, o nella maggior parte di essi, il soggetto individuale o collettivo ha la potestà di individuare o produrre le norme, regole, principi, valori, che devono governare un certo ambito di competenza, e agire conformemente a tali norme, libero da interferenze o pressioni coercitive, pressioni coercitive che possono consistere in violenze di terzi o in situazioni di grave necessità (ad esempio, povertà) che sono il risultato della mancata tutela dei diritti fonda-

re cfr. MANIACI 2012. Possiamo denominare, invece, *paternalismo giuridico* la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, ha il diritto di usare la coercizione, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano, ad esempio, sufficientemente coerenti, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti e libere da coazione, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) *il suo bene*; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico. Cfr. DWORKIN 1983, 20; FEINBERG 1983, 3; GARZÓN VALDÉS 1988a, 156; ATIENZA 1988; GARZÓN VALDÉS 1988b. Per una definizione più ampia di interferenze o interventi paternalisti cfr. GERT, CULVER 1976; VANDEVEER 1986, 22. Per un'approfondita analisi del concetto di paternalismo politico e giuridico cfr. Alemany 2006: cap. I, in particolare 343 ss.; DICIOTTI 1986, 557 ss. In questo saggio, per semplicità, parlerò di paternalismo per riferirmi sempre al paternalismo giuridico.

⁵ Sul significato di tali condizioni dell'autonomia, sulle quali qui non posso soffermarmi, cfr. MANIACI 2012, 76 ss. Per le attività che normalmente non cagionano o corrono il rischio di cagionare un grave danno alla salute e all'integrità fisica, come comprare un vestito, una casa, un'automobile, fare una dieta alimentare, si presume che vi siano i requisiti della sufficiente razionalità, conoscenza fatti rilevanti, libertà da pressioni coercitive, salvo prove contrarie in casi concreti o salvo particolari decisioni, come quella dei lavoratori di rinunciare alle ferie pagate, che prevedono presunzioni contrarie, perché sarebbe notevolmente costoso per la P.A. e altamente restrittivo della libertà dei singoli costringere le persone a colloqui pubblici per stabilire se siano sufficientemente razionali o a conoscenza dei fatti rilevanti nel prendere questo tipo di decisioni. Per le attività dannose o pericolose, come consumare cocaina o eroina, o richiedere l'eutanasia si possono prevedere colloqui pubblici con il medico o lo psicologo dell'ospedale che accertino i requisiti dell'autonomia.

⁶ Cfr. WILLIAMS 1981.

⁷ Cfr. ELSTER 1989.

⁸ Cfr. MANIACI 2008.

mentali⁹. Alberto Romano, in particolare, afferma: «Quindi, anzitutto, deve essere comunque definita come la possibilità di porre in essere atti giuridici, o quanto meno giuridicamente rilevanti»¹⁰. Nel caso dell'autonomia individuale il campo di competenza è la vita e l'uso del corpo, nel caso dell'autonomia negoziale il potere di produrre validamente norme che disciplinano rapporti patrimoniali. Giannini scrive che l'autonomia privata è «una “posizione necessaria” di libertà e di autodeterminazione di un soggetto in un ordinamento»¹¹.

In questo senso, condivido una concezione dell'autonomia non libertaria (solo “negativa”), ma liberal-egualitaria, fondata su due fuochi, il diritto ad essere lasciati in pace, cioè il diritto ad essere indipendenti, e il diritto a non essere lasciati soli, cioè il diritto alla solidarietà, alla dipendenza e alla relazionalità, che implica il diritto alla casa, alla salute, all'istruzione, compatibile con la concezione femminista di Rocchetti e altre autrici che elaborano una forma moderata di autonomia relazionale. Come dice Ronchetti, «[s]e la relazionalità è costitutiva del soggetto, significa che i soggetti non nascono autonomi, ma lo *diventano*: “ciascun essere umano deve sviluppare e mantenere la capacità di *trovare* la propria legge e il compito è capire quali forme sociali, relazioni, e pratiche personali rafforzano tale capacità”. Nederlsky evidenzia le parole *diventare* e *trovare* per sottolineare che non si tratta tanto di “scegliere” la propria legge, ma di “trovarla” perché la propria legge è forgiata dal contesto sociale e relazionale in cui è calato il soggetto»¹². Dunque, la concezione qui difesa dell'autonomia individuale è compatibile con l'assenza del libero arbitrio, cosiddetto *libertarian free will*, in cui non credo, perché le nostre preferenze coscienti dipendono da motivazioni inconscie che dipendono da come l'educazione dei genitori e la socio-cultura di riferimento si sono impresse nel nostro cervello, in base al DNA. Tale concezione liberal-egualitaria è, dunque, compatibile con l'autonomia relazionale se e solo se il soggetto ha il diritto di rompere tali relazioni affettive, sociali ed economiche, soprattutto quelle originarie e non instaurate successivamente in base ad un atto volontario dell'individuo, cioè ad esempio le relazioni con i figli o i contratti liberamente stipulati, come un mutuo. Una concezione liberal-egualitaria non produce normalmente, e non incentiva né promuove, l'isolamento, l'autarchia, la auto-referenzialità, ed è consapevole che ciascun individuo nasce e cresce all'interno di un contesto socio-culturale, un contesto di ampi condizionamenti, in una rete di relazioni affettive, sociali, economiche, che, tuttavia, come vedremo, ha il diritto di mantenere, ma anche di spezzare, soprattutto quelle originarie e non liberamente instaurate dall'individuo. Ovviamente l'individuo ha il diritto di spezzare alcune relazioni liberamente instaurate come il matrimonio e il contratto di lavoratore dipendente. In questo contesto, il principio di autodeterminazione e il diritto alla salute sono strettamente collegati al diritto al libero sviluppo della personalità, all'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 cost. it., perché compito della Repubblica è rimuovere gli ostacoli di ordine sociale ed economico che impediscono il libero sviluppo della personalità.

Ciascun adulto, ove lo voglia, e sia sufficientemente autonomo, cioè ove si presuma che abbia o soddisfi i quattro requisiti sopra indicati, avrebbe in tal senso il diritto di disporre liberamente del proprio corpo, anche nel caso della stipula di un contratto di gestazione per altri¹³. Tale argomento dell'autonomia individuale, negli studi di alcune femministe, è anche denominato argomento dell'emancipazione della donna o argomento dell'*empowerment*. «The gestational surrogate also gains freedom and power: a new opportunity for paid labour, and the experience of playing a crucial role in bringing new life into the world, without all the antecedent costs of

⁹ Cfr. RONCHETTI 2018, 104 ss., 120 ss., 191 ss.;

¹⁰ ROMANO 1987, 31. Nello stesso senso, BENVENUTI 2006.

¹¹ Cfr. GIANNINI 2003, 376.

¹² Cfr. RONCHETTI 2018, 120.

¹³ Cfr. DAMELIO, SORENSEN 2008, 274.

child-raising»¹⁴. Nello stesso senso, Firestone individua nelle possibilità generate dal progresso scientifico e tecnologico l'opportunità per la donna di liberarsi dalle conseguenze sociali derivanti dalla sua natura biologica. La «natural division of labour» causata dalla *tyranny of women's reproductive biology*¹⁵. Lo strumento per liberare le donne da questa tirannia risiede nella «full self-determination, including economic independence, of both women and children»¹⁶. L'autodeterminazione femminile, intesa necessariamente anche in senso economico, passa dalla libertà procreativa, che sia finalizzata o meno alla crescita del nascituro. Per chi creda realmente nell'argomento dell'autonomia o dell'*empowerment* non ha senso affermare che non vi sia reale autonomia o emancipazione in una certa pratica, in base a qualche inaccettabile teoria ideale degli interessi, in base a valori o interessi oggettivi attribuiti dall'alto, e non aderenti a come alcune donne razionali e autonome realmente esistenti, che possiedono cioè i quattro requisiti visti sopra per un grado sufficiente di autonomia, percepiscono e valutano il proprio corpo stipulando, eventualmente, un contratto di gestazione per altri, di modo che la propria fecondità abbia un prezzo, stabilito in genere dal mercato.

Sembra adottare una teoria ideale degli interessi, in modo criptopaternalista, Pozzolo quando afferma «La prospettiva di Katz Rothman è particolarmente interessante perché si muove nella direzione di sollecitare l'attenzione sui valori veicolati dalle pratiche, e a maggior ragione in un contesto dove la tecnologia modifica rapidamente i nostri comportamenti, prima di qualsiasi riflessione consapevole. Questa prospettiva femminista sottolinea come nella GPA il valore primario sia attribuito ai semi e al patrimonio genetico dei genitori intenzionali, statisticamente del padre. La madre è ricostruita, al meglio, come un passivo custode e la gravidanza come lo sviluppo di un contenitore, dunque non si vede quale reale emancipazione ne deriverebbe per le donne»¹⁷. In questo caso, tali autrici vorrebbero stabilire dall'alto quali sono i *valori veicolati* da una pratica o quali sono gli interessi *reali* delle donne la cui tutela rappresenta una forma di emancipazione, indipendentemente dalle preferenze autonome, cioè razionali, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti, e libere da pressioni coercitive, delle donne stesse, o di alcune donne. Lo stesso argomento lo troviamo in Anderson: «[In so doing, surrogacy] reduces the surrogate mothers from persons worthy of respect and consideration to objects of mere use»¹⁸. Sembra adottare una teoria ideale degli interessi, di stampo marxista, Sugamele quando parla della «mancanza di preoccupazione per i sentimenti e le esperienze della persona, presupposto alla base del processo di alienazione-oggettivazione, il quale si esplica nella strumentalità, fruibilità e fungibilità della donna»¹⁹. Al contrario di ciò che pensa l'autrice, non c'è nessuna fungibilità. Secondo l'Enciclopedia Treccani fungibilità significa intercambiabilità, sostituibilità. Ebbene le madri surrogaste non sono fungibili, vengono scelte durante le trattative per le loro caratteristiche psicologiche, così come viene scelto l'ovulo da impiantare. Secondo Pozzolo, Sugamele e Anderson, dunque, nella pratica dei contratti di gestazione per altri il corpo del bambino e le capacità riproduttive delle donne non sarebbero valutate nel modo giusto²⁰. Tali autrici utilizzerebbero, dunque, una teoria ideale degli interessi, che attribuisce interessi oggettivi indipendentemente dalle preferenze autonome delle persone. È già successo con altre femministe radicali. Per quanto riguarda la sessualità, ad esempio, la fellatio o la sodomia avrebbero un *significato*, uguale per tutti, di sottomissione o di degradazione. Al contrario, così come alcune persone non concepiscono il sesso come qualcosa che deve essere fatto solo per amore, o per desiderio, alcune donne razionali e libere da

¹⁴ DAMELIO, SORENSEN 2008, 275.

¹⁵ DE BEAUVOIR 1956, 655; Cfr. FIRESTONE 1972; DUDEN 2003.

¹⁶ DE BEAUVOIR 1956, 207. Ovviamente De Beauvoir non pensava alla maternità surrogata, ma la libertà di procreare com'è intesa oggi in un contesto liberale sicuramente la comprende.

¹⁷ POZZOLO 2016a, 60.

¹⁸ Cfr. ANDERSON 1990.

¹⁹ SUGAMELE 2016, 12.

²⁰ Cfr. ANDERSON 1990, TAYLOR 1982.

pressioni coercitive non concepiscono il portare avanti una gravidanza come qualcosa che deve essere fatto solo per amore²¹. E tali desideri razionali, liberi da pressioni coercitive, basati sulla conoscenza dei fatti rilevanti, devono essere rispettati.

Com'è noto la teoria ideale degli interessi è inaccettabile e non scientifica.

Secondo una concezione "ideale" degli interessi degli individui, esistono interessi cosiddetti "oggettivi", interessi del tutto indipendenti da desideri o preferenze razionali degli individui medesimi, indipendenti da un collegamento con un elemento del "set motivazionale" dell'individuo. Si potrebbe, infatti, affermare, in base a questa concezione, che Tizio *abbia* un interesse (ma *dove*, se non in relazione a una caratteristica del suo Sé?) a fare X, ad esempio a prostituirsi, sebbene non vi sia alcun *sintomo*, nelle manifestazioni del suo Sé (anche inconscie), nei suoi desideri, nelle sue preferenze o motivazioni razionali, che esista un tale interesse. Si potrebbe, in base a una teoria ideale degli interessi, sostenere che una determinata escort abbia un *interesse* alla castità, anche se quest'ultima non ha alcun desiderio razionale, basato sulla conoscenza dei fatti rilevanti, formatosi in modo libero da pressioni coercitive, di rimanere casta.

In tal senso, delle tre l'una: o una teoria ideale degli interessi pretende realmente di essere una teoria fattuale, descrittiva, di stati psicologici reali, dei desideri razionali e liberi da pressioni coercitive che le persone effettivamente hanno, cioè ciò che gli esseri umani, dopo attenta riflessione, considererebbero parte del loro benessere in presenza di sufficiente razionalità, capacità di intendere e volere, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, stabilità nel tempo dei desideri. E dunque l'affermazione secondo cui tutti gli uomini desiderano prostituirsi (o sposarsi e avere figli) o secondo cui tutti gli uomini gravemente malati, dal punto di vista psichico o fisico, vogliono vivere è falsa, e/o è affetta da fallacia di composizione. Ma chiaramente non è questo lo scopo della teoria ideale degli interessi. Oppure, seconda possibilità, si tratta di una teoria normativa, camuffata da fattuale, cioè ci dice quali interessi le persone *devono* avere, non quali interessi hanno. Oppure, terza possibilità, ha carattere metafisico-trascendente, normalmente religioso, dunque sarebbe ontologicamente molto problematica, nel senso che non ci sarebbero prove empiriche sufficientemente certe o garantite a favore o a sfavore dell'esistenza di tali interessi, o sarebbe in contrasto con il principio di laicità.

3. *Classici argomenti contro l'autonomia individuale*

L'argomento dell'autonomia individuale si contrappone decisamente a un argomento teologico, secondo il quale la vita e il corpo appartengono a Dio, e nessuno può disporre di ciò che non gli appartiene. Ma si contrappone anche ad argomenti, *lato sensu*, comunitaristi, ad esempio l'idea che l'individuo sia un essere relazionale, che nasce e cresce dentro una comunità, una rete di legami affettivi, sociali ed economici, legami che non può in gran parte rescindere, una comunità nella quale svolge una funzione, di marito-moglie, contribuente, lavoratore-lavoratrice, che non può rinunciare a svolgere, ad esempio abbreviando la sua vita. Oppure si contrappone all'argomento perfezionista. Com'è noto, è molto facile replicare a questi argomenti.

L'argomento teologico (Dio è contrario alla gestazione per altri) è poco utilizzato esplicitamente, tranne in alcuni documenti della Congregazione per la dottrina della fede come il *Donum Vitae*, intitolato anche *IL RISPETTO DELLA VITA UMANA NASCENTE E LA DIGNITÀ DELLA PROCREAZIONE* secondo cui la maternità che il documento definisce sostitutiva è anche contraria alla dignità della procreazione della persona umana e del figlio, o in alcuni Manua-

²¹ FABRE 2006, 198-199. Continua la Fabre, «the standard practice (at least in the USA) of *mutual* selection on the part of commissioning parents and surrogate mothers suggests that the interest of the latter in dealing with parents they can trust must be taken on board, and in turn that it is crucial for the success of the agreement that they regard one another as distinct persons, each with their own ends, aspirations, and desires».

li di Bioetica cattolici, ma è molto importante perché vi il più che fondato sospetto che sia nascosto dissimulato dietro argomenti differenti, come la dignità dell'uomo, la sacralità del corpo e della vita umana. L'argomento teologico non si può utilizzare in uno Stato laico e pluralista, ad esempio nei confronti di agnostici, atei, neopitagorici, confuciani, taoisti, buddisti, che possono avere credenze differenti. In secondo luogo, in molti Stati occidentali, l'individuo ha già il diritto di accrescere molto il rischio di abbreviare la propria vita, fumando due pacchetti di sigarette di tabacco al giorno, praticando sport estremi, facendo il pugile, bevendo una bottiglia di whiskey al giorno o diventando fortemente sovrappeso o obeso mangiando alimenti ad alto contenuto di grassi. Se può fare tutto questo, come ripeterò in seguito, ciascun individuo può certamente provocare rabbia, delusione, mancata accettazione sociale, frustrazione in amici e parenti che lo detestano o lo disapprovano perché si prostituisce o fa uso del proprio corpo portando avanti una gravidanza per altri, da madre surrogata. Inoltre, ciascun individuo ha il diritto a rescindere (quasi) tutti i legami affettivi, sociali ed economici originari e la maggior parte di quelli non originari. In molti ordinamenti occidentali, adempiuti determinati obblighi contrattuali e fiscali, e fatti salvi gli obblighi di assistenza nei confronti dei figli non indipendenti, del coniuge (che sono anche morali e legami liberamente scelti) o dei genitori privi di mezzi di sussistenza (di cui, de iure condito, si occupa lo Stato attraverso pensioni sociali e reddito di cittadinanza), obblighi di assistenza che possono essere soddisfatti anche attraverso un assegno bancario inviato per posta, l'individuo può allontanarsi per sempre dalla sua famiglia di origine, può espatriare in modo definitivo, può lasciare definitivamente il lavoro e mendicare senza molestie, può lasciare in modo definitivo gli amici e fare l'eremita in montagna. Così come un simpatico pensionato misantropo, con figli ormai adulti e indipendenti, può ritirarsi in via definitiva a vita privata nella sua campagna, allontanandosi da tutto il mondo circostante e vivendo solo con le sue piante (eventualmente inviando assegni a figli non indipendenti). Se può fare tutto questo, come già detto, ciascun individuo può certamente provocare rabbia, delusione, mancata accettazione sociale, frustrazione in amici e parenti che lo detestano o lo disapprovano perché si prostituisce o fa uso del proprio corpo portando avanti una gravidanza per altri, da madre surrogata.

Secondo l'argomento perfezionista, è indispensabile che ciascun individuo sia orientato, con la persuasione o, se necessario, con la forza, verso un ideale di eccellenza morale, un ideale di virtù, di perfezione morale, di fioritura umana. In tal senso, la comunità organizzata avrebbe il diritto di imporre paternalisticamente, anche mediante l'uso della forza, ai cittadini di essere coraggiosi e non pavidoli, operosi e non pigri, saggi e non imprudenti, solidali e non egoisti, generosi e non avidi di denaro, temperanti e non lussuriosi, o ancora di mantenere la propria integrità psicofisica per poter coltivare le altre virtù. Si può affermare, ad esempio, che, nel caso della gestazione per altri, la donna, accettando un compenso per stipulare un contratto di gestazione per altri, mostra di essere, come vedremo in seguito, avida e materialista. Contro l'argomento perfezionista è possibile muovere almeno una obiezione (di Hart e Dworkin).

Si potrebbe dubitare che possa esistere uno *Stato etico*, cioè uno Stato che imponga un ideale di eccellenza morale, un modello di virtù senza che si pongano problemi di razionalità. Se si tratta di scoraggiare, mediante la minaccia di una sanzione, l'adozione di un certo comportamento, ad esempio lavorare meno di otto ore al giorno, sperperare il proprio patrimonio nel sesso a pagamento, ciò è senza dubbio possibile. Ma far questo vuol dire rendere gli uomini più virtuosi o più coraggiosi? In altri termini, *imporre* una virtù non è un'ingiunzione paradossale, cioè pretendere qualcosa che di fatto è impossibile? L'agire intenzionalmente, sulla base dei propri convincimenti o del proprio pentimento, non è parte integrante dell'essere virtuosi? Si può obbligare qualcuno ad essere virtuoso o coraggioso? Anche se lo si obbligasse a tenere un certo comportamento, sarebbe un esempio di virtù, di coraggio o generosità? «La crescita spirituale

della società può essere imposta obbligando qualcuno ad essere coraggioso»²² o non avido? Non mi sembra²³.

Quanto alle obiezioni comunitariste più diffuse, in primo luogo, il valore dell'autonomia individuale non è concettualmente legato ad una concezione forte o significativa del libero arbitrio. Può esistere una concezione *liberal* senza libero arbitrio. Non importa se e quanto i desideri di una persona dipendano dal DNA, dall'educazione familiare, dalla socio-cultura di riferimento, dal caso, dal destino, dalla provvidenza, dal movimento dei pianeti, o da qualunque altro fenomeno in cui crediate, secondo una concezione liberal-egualitaria, ciascuno ha il diritto di vivere secondo i suoi desideri, di perseguire quello che considera, in presenza di sufficiente razionalità, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, il proprio benessere, purché non cagioni danni a terzi. Per ragioni di sintesi non posso argomentare oltre sul principio del danno, per cui rinvio ad altri lavori²⁴. In secondo luogo, come sottolinea Dworkin, «le persone appartengono a molte diverse comunità; se lo desiderano possono appartenere a più comunità. Appartengono, o possono appartenere, a famiglie, quartieri, gruppi di ex alunni, associazioni studentesche, fabbriche, università, squadre, orchestre, gruppi etnici»²⁵, gruppi di amici o comunità religiose. E non c'è ragione di pensare che in tali comunità più ristrette non possano soddisfare il bisogno legittimo di affettività, appartenenza, omogeneità morale, attaccamento alla tradizione, costruzione di un'identità forte, che nelle comunità politiche nazionali, soprattutto se pluraliste, multietniche, multiculturali come quelle occidentali, è molto difficile, e oggi totalmente utopico, soddisfare. Come sottolinea Feinberg, fermo restando che ciascuno possiede *the right to be left alone*, l'ideale di una comunità liberale (nonché il risultato più probabile del suo realizzarsi) non è un insieme di persone sole e isolate, monadi separate le une dalle altre, senza alcun legame sociale e affettivo che le tenga unite. Quanto piuttosto una rete di comunità o gruppi intermedi, tra lo Stato e la famiglia di origine, nei quali ciascuno possa trovare (purché non cagioni danni a terzi ovviamente) la propria felicità, realizzare il proprio benessere, cioè seguire la propria *natura*²⁶. Di modo che ciascuno possa scegliere, una volta divenuto adulto e razionale, la comunità o le comunità intermedie che più si adattano alla sua natura. E che tali comunità siano un club sadomaso o per scambisti, un gruppo di preghiera, un'associazione di ferrovieri o di filosofi, una casa dell'oppio, un club di scacchi, un gruppo di escort con ambizioni politiche, un'associazione ambientalista o gay, un complesso nazirock, il Woody Allen o il Britney Spears Fan Club non dovrebbe fare, sotto questo profilo, alcuna differenza. Lo stesso vale per la madre surrogata, che può decidere di seguire la propria natura, ed entrare nella comunità delle madri surrogate, che può instaurare un legame sociale e affettivo con i genitori committenti, che può decidere di entrare nella comunità dei proprietari di una villa sul lago di Como (in parte) con i soldi del contratto come madre surrogata.

4. Il diritto alla genitorialità

Come già detto, il secondo argomento in favore della gestazione per altri è tutelare il diritto alla genitorialità, soprattutto, ma non esclusivamente delle coppie infertili, dei single o delle coppie omosessuali²⁷. Come dice Martone, le critiche alla GPA sono «estreme distorsioni di una pratica

²² ADAMO 2016, 1267.

²³ Cfr. DWORKIN 2002, 237-238; SCHIAVELLO 1998, 63 ss.

²⁴ Cfr. MANIACI 2017.

²⁵ Le citazioni, e alcune obiezioni agli argomenti comunitaristi, sono tratte da DWORKIN 2002, 239, 240, 242, 252. Sul tipo di legame, meno forte, ma ugualmente fruttuoso che l'individuo può instaurare con una comunità politica nazionale pluralista e tollerante cfr. sempre DWORKIN 2002, 244 ss.

²⁶ Cfr. FEINBERG 1990, 81 ss.

²⁷ ARNESON 1992b, 145.

che nasce come rimedio alle capacità riproduttive della donna²⁸». (In seguito spiegherò perché l'adozione non è considerata dai committenti una via praticabile). Come dice Duràn Ayago «Los derechos reproductivos están reconocidos internacionalmente como derechos humanos. Y las técnicas de reproducción asistida son un medio para cumplirlos»²⁹. In tal senso, le coppie, soprattutto infertili, ma anche quelle che darebbero alla luce un bambino malato, hanno diritto di accesso alla procreazione medicalmente assistita. Non si può parlare in assoluto di un diritto alla maternità surrogata, come di un diritto-pretesa in senso hohfeldiano, perché i genitori committenti non possono *pretendere* che una donna porti avanti la gravidanza, cui corrisponderebbe l'obbligo della donna di stipulare il contratto. Quindi il diritto, di ambito più ridotto, alla GPA nasce solo nel momento in cui la madre biologica, gestante dà il suo consenso a portare avanti la gravidanza, nel qual caso sorgono obblighi per i medici degli ospedali di effettuare la gestazione per altri. Probabilmente in questo senso Duràn Ayago parla a questo proposito di «los derechos reproductivos en su más amplio alcance»³⁰.

Sebbene non sia una tecnica di riproduzione assistita come le altre, è applicabile analogicamente la disciplina prevista per la riproduzione medicalmente assistita, dunque la disciplina internazionale dei diritti alla riproduzione. Ma anche dal punto di vista del criterio internazionalmente riconosciuto del *best child interest*, una volta che, anche all'estero, dove la GPA non è vietata come in Europa dell'Ovest, viene stipulato un contratto di maternità surrogata l'interesse superiore del bambino è quello di essere registrato all'anagrafe come figlio della coppia committente, perché la madre originaria, in Ucraina o in Thailandia, non lo vuole e lo ha consegnato volontariamente alla coppia ricevente o committente. Come dice Duràn Ayago, «El interés superior del niño es que su filiación quede acreditada desde su nacimiento a favor de quienes lo han querido (filiación intencional). Esta filiación debería ser inimpugnable»³¹.

Qualora ovviamente i diritti di tutte le parti siano rispettati, che il consenso della madre biologica sia, ad esempio, espresso da persona razionale e capace di intendere e volere, basato sulla conoscenza dei fatti rilevanti e sufficientemente libero da pressioni coercitive. Si tratta di tutelare qui gli interessi superiori del minore, la sua sicurezza giuridica³².

A questo proposito alcuni autori potrebbero argomentare che particolarmente importante sarebbe dare la possibilità di divenire madre ad una donna che, senza figli, non si sentirebbe pienamente "realizzata" come donna, come fosse, senza figli, una donna incompleta. Ad esempio, femministe della differenza e dell'etica della cura come Gilligan, contraria alla maternità surrogata perché rappresenta una falsificazione e snaturamento del ruolo essenziale di madre che tutte le donne svolgono e devono svolgere³³, potrebbero argomentare che le donne trovano la propria realizzazione nella cura, nella relazione, nell'accudimento, e che i figli sono una parte fondamentale di questo accudimento. È molto difficile stabilire quanto questo desiderio delle donne di divenire madri, perché senza figli non sarebbero realizzate come donne, sia biologicamente orientato o sia il frutto di una educazione maschilista. Viste le forti critiche alla rappresentatività statistica degli studi empirici di Gilligan credo che in gran parte questa idea secondo cui una donna senza figli non svolgerebbe la sua funzione fondamentale deriva da un'educazione maschilista. Credo che altrettanto importante sia il desiderio dell'uomo di divenire padre. Particolarmente difficile è il tema degli eventuali diritti del bambino a conoscere le sue origini. Credo che, come nel caso dell'adozione e della fecondazione assistita eterologa, il diritto del bambino è subordinato al consenso della madre biologica o della donna che ha donato l'ovulo, in assenza del quale non può conoscere le sue origini. In ultima analisi, si po-

²⁸ MARTONE 2016, 722.

²⁹ Cfr. DURÀN AYAGO 2020.

³⁰ Cfr. DURÀN AYAGO 2017.

³¹ Cfr. DURÀN AYAGO 2017.

³² Nello stesso senso DURÀN AYAGO 2020.

³³ Cfr. GILLIGAN 2003; MURARO 2001; BATTAGLIA 1995, 345-351.

trebbe obiettare che questo desiderio di coppie ormai “anziane” di avere un bambino, anziane per partorire figli propri, sia frutto di egoismo e non debba essere soddisfatto. In realtà, in questo caso non c'è alcuna forma di egoismo, perché un comportamento egoistico, e non generoso, cagiona un danno o una sofferenza a qualcun altro. Se Tizio è egoista nei confronti dei suoi figli, o della moglie, vuol dire che coltiva i suoi interessi, e non realizza alcuni interessi importanti delle persone che gli stanno vicino, cagionando loro una qualche forma di sofferenza, anche psicologica. Nel caso della coppia che vuole un bambino tramite la maternità surrogata non c'è nessun danno o sofferenza cagionata a terzi, perché in molti casi il bambino frutto della maternità surrogata, essendo un bambino a lungo desiderato, sarà verosimilmente molto amato, e la donna che porta avanti la gravidanza non è nella maggior parte dei casi, nel mondo occidentale, costretta a farlo, è una libera scelta.

5. Argomento della mercificazione

In questo paragrafo e nei successivi sotto-paragrafi presenterò l'argomento della mercificazione, compresi alcuni argomenti ad esso irrelati, per poi formulare quattro obiezioni fondamentali.

5.1. Prima obiezione

La prima obiezione (o il primo insieme di obiezioni) sarà piuttosto lunga, perché comprenderà un'analisi degli argomenti e una replica agli argomenti di Anderson. Prima di analizzare l'importante argomento della mercificazione, premetto che condivido l'idea secondo cui la madre surrogata avrebbe il diritto di rescindere il contratto, ad libitum, abortendo (entro i limiti previsti dalla legge) o tenendosi il bambino dopo il parto. L'argomento della mercificazione sostiene che la pratica contrattuale della gestazione per altri tratta i bambini, il corpo delle donne e le loro capacità riproduttive come merci (*commodities*)³⁴.

Secondo l'Enciclopedia Treccani merce è «Ogni bene economico, in genere prodotto del lavoro umano, in quanto oggetto di contrattazione e di scambio». Secondo il Dizionario di economia e finanza Treccani (2012) «una merce è un bene economico, naturale o tecnicamente prodotto, suscettibile di essere scambiato con altri beni (e si parla in questo caso di baratto), oppure contro denaro all'interno di un mercato». In questo senso generico di merce, diffuso nell'ambito dell'economia, del diritto e della morale, una merce può essere mobile o immobile, può essere viva (un animale) o artificiale, può essere prodotta dall'uomo o essere una materia prima, può essere un oggetto, una cosa, oppure un servizio. Nella letteratura sulla gestazione per altri si adottano definizioni generiche simili. Ad esempio, Fabre definisce una merce, «a commodity, something the production, exchange, and enjoyment of which can be regulated solely by market norms». Non molto dissimile la definizione di Anderson.

«The modern market can be characterized in terms of the legal and social norms by which it governs the production, exchange, and enjoyment of commodities. To say that something is properly regarded as a commodity is to claim that the norms of the market are appropriate for regulating its production, exchange, and enjoyment. To the extent that moral principles or ethical ideals preclude the application of market norms to a good, we may say that the good is not a (proper) commodity»³⁵

Dunque, una merce è un bene la produzione, lo scambio, il godimento, il possesso, l'uso, l'abuso del quale è regolato dalle norme giuridiche e sociali del mercato. Queste definizioni così generiche

³⁴ Cfr. ANDERSON 1990; FABRE 2006; COREA 1985; HOLDER 1985; RADIN 1987; LANDES, POSNER 1978; POSNER 1987.

³⁵ Cfr. ANDERSON 1990.

nascondono, in realtà, differenti tipi di merce, differenti sensi di merce, perché come dice Fabre, se qualcosa è una merce questo dipende da quali diritti le norme giuridiche e sociali attribuiscono. In questo caso possiamo distinguere due sensi di merce, uno debole e uno forte. In base a quello debole, la merce è qualcosa il cui uso, godimento scambio, produzione, compravendita è *limitato* in modo significativo o forte dalle norme giuridiche e sociali, limitato rispetto alle leggi economiche di mercato che regolano la domanda e l'offerta nel mercato capitalista. In questo primo senso, la forza lavoro è una merce, in senso debole a differenza di un telefonino o un televisore, perché i lavoratori dipendenti hanno diritti inalienabili e irrinunciabili, come il diritto alle ferie, al riposo giornaliero o compensativo, alla retribuzione, a un ambiente di lavoro salubre. Allo stesso modo, gli animali domestici possono essere venduti e comprati, ma hanno il diritto di non essere seviziati o uccisi senza necessità, o abbandonati, sono una merce nel senso debole. In certi contesti anche una casa può essere una merce in questo senso debole, perché è soggetta a vincoli di tutela del paesaggio, tutela di beni culturali o archeologici. In un senso forte, la merce è qualcosa il cui uso, godimento scambio, produzione, compravendita *non è limitato* in modo significativo o forte dalle norme giuridiche e sociali del mercato. Ad esempio, io posso non solo vendere, scambiare, godere del mio telefonino o televisore, o dei mobili di casa mia, ma posso anche rovinarli o distruggerli, ho quello che molti autori civilisti contemporanei chiamano *ius utendi et abutendi*.

Il portare avanti la gravidanza è una merce nel primo senso, quello debole, perché la madre surrogata dovrebbe avere il diritto di abortire, se lo vuole o di tenersi il bambino, come già detto, dopo il parto, mentre né il corpo del bambino né il corpo della donna sono una merce in nessuno dei due sensi. La coppia che stipula il contratto e che riceve il bambino alla fine della gravidanza non acquista il diritto di fare ciò che vuole, in termini di uso, godimento, scambio, con l'utero della madre surrogata, come potrebbe fare con una merce come un telefonino, o con una merce come un animale³⁶. Anche in contratti in cui vi sono alcuni vincoli d'uso come l'usufrutto, il comodato, il mutuo, il contraente ha un ampio margine di uso e godimento del bene, ad esempio utilizzare come vuole i soldi dati in prestito, disporre liberamente del bene dato in usufrutto o in comodato, salvo l'obbligo di non deteriorarlo. Né il corpo della donna, né il bambino vengono trattati dalla coppia ricevente e contraente come oggetti o delle merci in nessuno dei due sensi. Non più di quanto sarebbe una merce il corpo di un operaio o di un babysitter. La coppia contraente e ricevente non acquista un diritto di *proprietà* sul corpo della donna o sul bambino, come accade per gli animali, non trae profitto economico dalla maternità surrogata, né ha il diritto di vendere o sfruttare economicamente il bambino, o cedere permanentemente a terzi il diritto di educarlo, istruirlo e mantenerlo, diritto che sarebbe a sua volta cedibile ad altri, come potrebbe fare con un animale, né ha il diritto di usare a piacimento il bambino o il corpo o l'utero della donna³⁷. Sarebbe strano interpretare il contratto di maternità surrogata, non come un contratto di lavoro a tempo determinato avente ad oggetto il portare avanti una gravidanza, ma come un contratto di *locazione* di una parte del corpo, l'utero (*a womb for rent*)³⁸. Al contrario, infatti, delle altre locazioni, di un immobile, di un'automobile, di uno scooter, in cui il locatario può disporre a piacimento del bene, tranne distruggerlo o rovinarlo, cosa inammissibile anche per un immobile o un'automobile, il cosiddetto "locatario" non acquista il diritto di godere come vuole del bene "utero", anzi è vincolato ad un unico scopo, la gravidanza. Se la maternità surrogata fosse un contratto di locazione dell'utero dovremmo considerare tali anche molti contratti di lavoro, dove il datore di lavoro Amazon "affitta", "loca" le mani e le braccia del lavoratore dipendente che impacchetta i pacchi per otto ore al giorno. Anche nei contratti di locazione in cui c'è un vincolo di uso, immobile destinato ad uso abitativo e non commerciale, i poteri del locatario so-

³⁶ Cfr. DAMELIO, SORENSEN 2008, 271.

³⁷ Sull'assurdità dell'argomento della compravendita di bambini e sulla differenza enorme che sussiste con la maternità surrogata cfr. ARNESON 1992b, 148.

³⁸ BER 2000, 162.

no incredibilmente più ampi, in termini di uso e godimento del bene, di quelli della coppia committente con l'utero della madre surrogata. La prova definitiva è che io posso affittare una automobile per una notte intera, mentre non ha senso dire che "affitto" una prostituta per tutta la notte. Gli autori normalmente non parlano di *locatio cunni* (cunnus in latino è la vulva), mentre vorrebbero parlare di *locatio ventris*. Secondo alcuni autori, il problema non è che la coppia ricevente non può usare e godere a piacimento del bene utero, ma il fatto che la madre surrogata è trattata come un mezzo e non come un fine. Questo argomento kantiano è notoriamente insostenibile. Primo, perché la madre surrogata è consenziente e se c'è il consenso cade l'argomento. Due amanti che trattano l'altro come un mezzo per raggiungere il massimo piacere possibile, cosa fanno di male? Nulla. Kant aveva problemi di sessuofobia, come si evince dalle invettive contro l'onanismo nella *Metafisica dei costumi*. Secondo, perché lo Stato tratta molte persone come mezzi, e non come fini, ad esempio noi trattiamo il presunto ladro, il suo non rubare, attraverso la minaccia di una sanzione, come un mezzo per proteggere la proprietà altrui, o trattiamo come un mezzo una persona ricca nel momento in cui, cosa di cui si lamenta Nozick, redistribuiamo la sua ricchezza ai più poveri.

Anderson sostiene che «Most importantly, it requires us to understand parental rights no longer as trusts but as things more like property rights that is, rights of use and disposal over the things owned» (ANDERSON 1990). Nello stesso senso, Sylviane Agacinski, ne *L'uomo disincarnato*³⁹, afferma che è il ventre delle donne a essere, con la «maternità surrogata», oggetto di compravendita, ed è il diritto al bambino ad essere fondamentale, e non più il diritto del bambino a non essere trattato come una proprietà alienabile.

In realtà, questo non è vero perché come sostiene Cécile Fabre la madre biologica o surrogata non ha alcun diritto di proprietà sul bambino, e dunque non può trasferirlo a terzi, compresa la coppia committente. Né si può cedere a terzi il diritto ad educare, mantenere ed istruire il bambino nato con la maternità surrogata. Applicando una teoria ideale degli interessi che non tiene conto delle reali preferenze autonome delle madri surrogate, Anderson sostiene che la gestazione per altri comporta una forma di auto-annullamento, di alienazione, di un'ingiusta subordinazione del proprio corpo, della propria salute, della propria vita emozionale⁴⁰ agli altri, alla coppia committente, che secondo Anderson fa parte di una classe più privilegiata. Anderson insiste dicendo che il tipo di altruismo delle madri surrogate implica una mancanza di autostima, di valore di sé. Come dirò in seguito, infatti, statisticamente molte madri surrogate hanno anche motivazioni non economiche, cioè altruiste, dare un bambino sano ad una coppia che spesso non può averne, Anderson sostiene che il loro altruismo è falso, produce una sorta di alienazione, auto-annullamento⁴¹. Replicare è semplice. Quando le risorse psichiche, psicofisiche, fisiche, economiche messe a disposizione da un soggetto sono significative l'altruismo non è fasullo, ma più forte. Ed è normale che vi sia una forma di subordinazione, in questo consiste l'altruismo, anteporre gli interessi altrui ai propri. Farò tre esempi. Immaginiamo che due pugili partecipino ad un incontro di boxe, l'intero incasso del quale sarà devoluto ai bambini di un quartiere povero. In questo caso, questi pugili subordinano il proprio corpo, la propria salute, la loro vita emozionale agli interessi dei bambini poveri. Stessa cosa per un fratello che dona un rene all'altro fratello, che è in dialisi e rischia la vita in assenza di un trapianto per il quale vi sono lunghe liste di attesa, operazione che comporta una serie di rischi per la salute del donatore. In questo caso, l'altruismo è più forte, non più debole o fasullo. Altro caso. Una sorella che accetta la fecondazione assistita eterologa, col seme del marito della sorella che non può avere figli, e accetta di portare avanti la gravidanza per un gesto fortemente altruistico nei confronti della sorella, cui consegnerà il bambino per amarlo, educarlo e istruirlo. In tutti questi casi le persone mettono a

³⁹ Cfr. AGACINSKI 2020.

⁴⁰ Sul concetto di lavoro emozionale HOCHSCHILD 1983.

⁴¹ Cfr. ANDERSON 1990.

disposizione il proprio corpo, la propria salute, la propria vita emozionale, per altruismo, che quindi è più forte rispetto al caso di una persona che ottiene un prestito di 1000 euro da un amico, antepoendo gli interessi altrui, gli interessi dei bambini poveri, del fratello malato, della sorella infertile ai propri. Anderson sostiene che il gesto altruistico è fasullo perché la madre surrogata manca di autostima e non ha un'idea di sé grandiosa. Ma questa situazione si verifica centinaia di volte, senza che ciò implichi un'impossibilità di compiere atti giuridicamente rilevanti o gesti di altruismo. Una persona che ha una bassa autostima può decidere di dedicare parte del proprio tempo al volontariato con bambini disabili. Questo atto aumenta molto la sua autostima, e ciò non implica affatto che la sua decisione sia alienante, una forma di autoannullamento del sé o che sia un gesto altruistico fasullo. Ma si possono fare decine di esempi. Una persona sola, con un amore non corrisposto, potrebbe ritrovare la sua autostima partecipando alle attività di un gruppo parrocchiale, oppure prendendo un cane abbandonato al canile, e occupandosi di lui. Una donna maltrattata dal marito potrebbe ritrovare la propria autostima decidendosi finalmente di lasciarlo. Una fidanzata tradita dal fidanzato potrebbe ritrovare la propria autostima nel tradirlo lei stessa. Una madre con due figli potrebbe subordinare i propri interessi a quelli dei figli, comprando un cucciolo per i bambini, nonostante prendersi cura di lui sia un grande sacrificio per lei. Sono centinaia i casi in cui una persona compie un'azione per sentirsi meglio, o per accrescere la propria autostima, il proprio valore di sé, e non c'è nulla di fasullo, alienante in questo, anche se si antepongono, per accrescere la propria autostima, gli interessi altrui a quelli propri.

Anderson sostiene che

«For in this practice the natural mother deliberately conceives a child with the intention of giving it up for material advantage. “Her renunciation of parental responsibilities is not done for the child’s sake, nor for the sake of fulfilling an interest she shares with the child, but typically for her own sake (and possibly, if “altruism” is a motive, for the intended parents’ sakes)»⁴².

Quanto detto da Anderson non è del tutto corretto, perché rinunciando ai diritti sul bambino, la madre biologica o surrogata fa il suo bene (non solo economico) e quello del bambino, per due motivi. Primo perché probabilmente la madre surrogata non sentiva di poter essere una buona madre, avendo probabilmente già altri figli e non volendone un altro. Secondo, perché la madre surrogata sa che la coppia ricevente ha tanto atteso e voluto un figlio, quindi a differenza di altre coppie lo ameranno molto, svilupperanno un attaccamento affettivo molto forte⁴³. In base alle statistiche negli Stati Uniti il caso paradigmatico di madre surrogata a titolo oneroso è una donna della media borghesia, che vive in una famiglia che guadagna tra 25.000 e 50.000 dollari e che ha sia motivazioni pecuniarie sia motivazioni non pecuniarie⁴⁴. Prendo in considerazione il caso statunitense perché più facilmente esportabile in Europa, a parte alcune eccezioni, alcuni diritti mancanti nei contratti di gpa negli *Stati Uniti*, come il diritto di tenersi il bambino. Mentre nelle nazioni sotto-sviluppate come la Thailandia o l'Ucraina il fattore povertà, come motivazione delle madri surrogate, è più determinante. Per quanto riguarda il costo del contratto, questo dipende se viene stipulato tramite un'agenzia privata (*surrogacy firm*) e allora può costare fino a 140.000 dollari, la cui metà va alla madre surrogata, mentre un contratto indipendente, senza agenzia (*Independent Surrogacy*) può costare tra 10.000 e 30.000 dollari (<https://www.sensible-surrogacy.com/surrogacy-in-the-united-states>).

Le motivazioni non economiche fondamentali sono tre: la prima, la più importante, rendere felice una coppia che non può avere un bambino. Come dice Duràn Ayago⁴⁵. «La solidaridad

⁴² Cfr. ANDERSON 1990.

⁴³ Per la frequenza statistica di queste motivazioni. cfr. RAGONNÉ 1994, cap. 2

⁴⁴ Sui costi di un contratto di maternità surrogata BROPHY 1981-82, KEANE 1983, POSNER 1989.

⁴⁵ DURÀN AYAGO 2020.

está tras muchos de estos embarazos». La seconda, espiare il senso di colpa di un aborto compiuto in giovane età, la terza, svolgere di nuovo il ruolo sociale di madre⁴⁶. Quindi anche quando la madre agisce per il suo interesse, questo può implicare una forma importante di altruismo o altro interesse, che va rispettato, rispetto a quello pecuniario. Anderson continua dicendo che l'attuale pratica dei contratti di maternità surrogata negli Stati Uniti viola il rispetto della persona. «To respect a person is to treat her in accordance with principles she rationally accepts principles consistent with the protection of her autonomy and her rational interests»⁴⁷.

Sono d'accordo, la madre surrogata potrebbe sviluppare un forte attaccamento affettivo nei confronti del bambino durante la gestazione, dunque bisogna, come già detto, attribuirle il diritto di tenersi il bambino subito dopo il parto e di abortire, nel caso in cui sviluppi avversione nei confronti della pratica contrattuale.

Come da più autori richiesto, Anderson analizza le proposte di modifica della pratica dei contratti di maternità surrogata negli Stati Uniti, cioè eliminare l'intermediazione di enti commerciali, sostituiti da un ufficio pubblico o un'associazione no-profit, enti commerciali che potrebbero manipolare le preferenze e le credenze della madre surrogata, ad esempio la preferenza della madre surrogata di tenersi il bambino, di non rinunciare ai diritti sul bambino una volta nato, qualora sorga un attaccamento affettivo. Nonostante queste modifiche l'autrice insiste, applicando una teoria ideale degli interessi, secondo cui

«Nevertheless, as long as the surrogate mother is paid money to bear a child and terminate her parental rights, the commercial norms leading to her degradation still apply. For these norms are constitutive of our understanding of what the surrogate contract is for».

L'autrice continua a parlare di una pratica "degradante" contro le preferenze reali ed autonome delle madri surrogate che se partecipano alla pratica attuale negli Stati Uniti, a maggior ragione parteciperanno alla pratica dei contratti di maternità surrogata che siano rescindibili a libitum, al momento del parto, o prima tramite l'aborto. Questo giudizio di "degradazione", addirittura *costitutivo* della pratica, non corrisponde alle preferenze autonome delle madri surrogate, è un giudizio calato dall'alto e proprio soltanto dell'autrice, che dimostra che Anderson è incoerente, perché dice che sia importate avere rispetto per le preferenze razionali delle donne che fanno da madri surrogate., ma lei stesa è la prima a non rispettarle. Anderson insiste che la pratica commerciale anche modificata sarebbe manipolativa perché

«A surrogate contract is inherently manipulative, since the very form of the contract invokes commercial norms which, whether upheld by the law or by social custom only, imply that the mother should feel guilty and irresponsible for loving her own child»⁴⁸.

Secondo Anderson, la madre surrogata che decidesse dopo nove mesi di gravidanza di tenersi il bambino si sentirebbe in colpa verso i genitori committenti che aspettavano con ansia di acquisire i diritti sul bambino. Primo, non è detto che la madre surrogata che non rinuncia ai suoi diritti sul bambino si senta particolarmente in colpa, perché potrebbe avere un carattere forte e credere che il suo amore per il bambino sia più importante del fatto che i genitori sociali abbiano un bambino, visto che possono stipulare altri contratti di maternità surrogata con altre donne. In secondo luogo, non abbiamo il diritto-pretesa di essere amati, ben voluti, nessuno tranne forse i bambini, ha questo diritto. La madre biologica non ha il diritto di essere ben voluta dalla coppia committente. Il sentirsi in colpa non è un sentimento ostativo al compimento di un atto giuridico.

⁴⁶ Per degli affascinanti *insights* in relazione alle motivazioni delle madri surrogate cfr. RAGONNÉ 1994, cap. 2.

⁴⁷ ANDERSON 1990; PARKER 1982.

⁴⁸ Cfr. ANDERSON 1990.

camente rilevante. Sono centinaia le situazioni in cui una persona, compiendo qualcosa di legale e moralmente corretto, può sentirsi in colpa, fa parte della vita. Se Tizio abbandona il lavoro che aveva per un altro molto più remunerato, nonostante il fatto che il datore di lavoro ne soffrirà perché lo trattava come un figlio, Tizio potrebbe sentirsi in colpa per questo. Un dirigente di un'azienda potrebbe sentirsi in colpa perché supera alcuni dei suoi colleghi nelle promozioni verticali, perché loro sono altrettanto bravi, ma hanno compiuto qualche scorrettezza, e potrebbe sentirsi in colpa per aver avuto la promozione, perché economicamente i suoi colleghi avevano maggiore bisogno di quella promozione. Una madre può sentirsi in colpa perché non ha comprato un cucciolo al figlio che per natale lo desiderava tanto, perché sarebbe stato un aggravio di lavoro. Una persona può sentirsi in colpa perché ha lasciato la moglie per fidanzarsi con una ragazza più giovane, sentendosi in colpa perché la moglie sta molto male dopo la separazione. Una persona può sentirsi in colpa perché, abbandonando la famiglia, va a lavorare all'estero, cosa che fa soffrire molto la famiglia. Una persona potrebbe sentirsi in colpa perché consuma molto alcol e i genitori sono terrorizzati che diventi un alcolista. Un pugile potrebbe sentirsi in colpa per aver seriamente leso l'occhio destro dell'altro pugile, nonostante abbia seguito tutte le regole del pugilato correttamente. Una madre potrebbe sentirsi in colpa perché, ed è un sentimento che non riesce a controllare, preferisce un figlio all'altro. Tutte queste *pressioni affettive*, psicologiche, se non si traducono in molestie, sono perfettamente legali, come dico nel mio libro *Contra el paternalismo juridico*. Non sono pressioni *coercitive* che viciano il consenso. Ricordate, la sufficiente libertà da pressioni coercitive era uno dei requisiti per un grado sufficiente di autonomia. Il marito ha diritto di lasciare la moglie, ma la moglie ha il diritto di farlo sentire in colpa. Tutti hanno diritto di subire pressioni affettive, come un abbandono affettivo, un amore non corrisposto, o essere malvoluti da qualcuno. In ultima analisi, come abbiamo visto negli Stati Uniti non c'è necessariamente, né frequentemente, una forte relazione di potere tra una madre surrogata povera e una coppia committente ricca. Primo, perché statisticamente le madri surrogate non sono povere. Secondo, soltanto il contratto firmato con la *surrogacy agency* costa molto, ma la *independent surrogacy* ha costi molto più contenuti cui può accedere anche la media borghesia, che comunque potrebbe fare un mutuo per pagare la *surrogacy firm*. In terzo luogo, anche se la coppia committente facesse parte spesso di una classe più privilegiata non ci sarebbe nulla di male, nessuna relazione di potere maggiore di quella che c'è tra imprenditore e operaio metalmeccanico, avvocato e segretaria, medico e infermiere in un mercato capitalista. Relazione di potere del tutto non problematica, salvo che qualcuno abbia ancora nostalgia, dell'alienazione marxista e della dittatura del proletariato.

5.2. Seconda obiezione

Nella prima obiezione, o nel primo insieme di obiezioni, abbiamo argomentato che il portare avanti la gravidanza è disciplinata da un contratto di lavoro autonomo, è una merce in senso debole, mentre né il corpo del bambino né il corpo della madre sono una merce, né la coppia committente acquista un diritto di proprietà o di locazione su entrambi. Abbiamo inoltre argomentato contro gli argomenti di Anderson avverso la maternità surrogata. Vediamo una seconda obiezione. Se la fertilità e la fecondità della donna, il portare avanti una gravidanza non può essere oggetto di contrattazione, si utilizza il concetto di mercificazione contro l'autonomia delle donne, cioè il diritto delle donne di vivere la propria vita secondo i propri principi e valori, secondo le proprie concezioni filosofiche, morali, religiose, purché non danneggino terzi. La donna non avrebbe il diritto di mercificare il portare avanti la gravidanza, proprio come una prostituta non avrebbe il diritto di fornire prestazioni sessuali a pagamento. Quale sarebbe la giustificazione di tale divieto di mercificazione contro l'autonomia delle donne? Essendo molto difficile individuare veri danni a terzi, una prima possibilità è che il concetto di mercificazione nasconda, o sia giustificato da, un argomento perfezionista, cioè le persone non possono trattare la propria

forza/lavoro come una merce, anche se lo vogliono in modo autonomo, cioè in condizioni di razionalità, capacità di intendere e volere, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, stabilità nel tempo dei desideri.

Perché se il soggetto agente tratta il portare avanti una gravidanza (anche) come una merce significa che il soggetto non segue un modello di perfezione morale, un modello di virtù, mostrando di essere una persona (almeno parzialmente) avida, interessata ad accumulare ricchezza, ricchezza guadagnata prostituendosi, o lasciandosi fecondare artificialmente e partorendo da madre surrogata, o una persona (almeno parzialmente) materialista, principalmente attaccata al godimento di beni terreni e materiali, comprati col denaro accumulato attraverso la prostituzione o la maternità surrogata⁴⁹. In realtà, la stragrande maggioranza di donne che si offre per la maternità surrogata ha anche motivazioni altruiste, cioè *donare* un bambino ad una coppia che non può averne, o motivazioni non pecuniarie, come il senso di colpa di aver avuto un aborto o il desiderio di ottenere il riconoscimento sociale delle donne incinte⁵⁰. E, tuttavia, se vi fossero *solo* motivazioni altruiste, lo farebbero gratis. In conclusione, ecco l'obiezione, di cui abbiamo già parlato, non si può imporre una virtù con la forza, non si può imporre con la sanzione a una persona di non essere (anche) avida o materialista, né si può imporre con la forza l'adempimento genuino di un dovere morale di non essere avida.

Altra possibilità è che una persona non possa mercificare il portare avanti una gravidanza, anche se lo vuole, perché mercificare la gravidanza è indegno, offende la propria dignità, o è indecente, degradante. Ma "dignità", come "degrado o indecenza", è un concetto quasi vuoto, significa uguale considerazione e rispetto, la persona in questione mercificando la propria gravidanza non rispetterebbe sé stessa, comportandosi in modo indegno. Tale concetto di dignità o degrado nasconde, essendo affetto da grave indeterminatezza semantica, o, di nuovo, un argomento perfezionista, o un argomento teologico (Dio non vuole che le donne si prostituiscano o effettuino la maternità surrogata) o un argomento utilitarista-organicista (i genitori e i parenti della persona in questione X soffrirebbero psicologicamente ovvero romperebbero ogni legame affettivo, sociale, ed economico con la gestante per altri X, se sapessero che X si prostituisce o stipula un contratto di maternità surrogata). Fermo restando, come già detto, che chi afferma che quello della madre surrogata sia un lavoro degradante, indegno o alienante sta utilizzando una teoria degli interessi oggettiva, che abbiamo visto è inaccettabile, perché attribuisce un valore alla maternità surrogata diverso da quello che molte donne razionali e autonome realmente esistenti vi attribuiscono. Come abbiamo visto, molte donne che firmano questi contratti hanno non solo motivazioni pecuniarie, ma spesso motivazioni altruistiche o di altro genere⁵¹. Perché non partire da come le donne razionali e autonome realmente esistenti valutano sé stesse e il lavoro di madre surrogata? Salvo ritenere che vi sia una forma di violenza epistemica⁵², una forte disuguaglianza di genere, un senso profondo di inferiorità delle donne verso gli uomini, che viene interiorizzato fin da piccole, per cui una donna diventa una schiava sessuale o una madre surrogata per realizzare il sogno di sottomettersi alla supremazia del maschio e ai desideri maschili. Violenza epistemica che poteva esserci nell'Ottocento o nei primi ottanta anni del Novecento, ma non oggi in Occidente. A differenza dell'Ottocento e dei primi ottanta anni del Novecento non ci sono in Europa occidentale discriminazioni giuridiche significative. Resta qualche norma poco significativa, ad esempio quella che consente alla moglie di prendere il cognome del marito, ma non viceversa. In secondo luogo, non ci sono forti disuguaglianze socio-economiche, perché

⁴⁹ Sembra utilizzare questo argomento, con un certo disprezzo per le donne che vogliono portare avanti una gravidanza dietro un corrispettivo in denaro, Lieber: «In the commercial surrogacy context, the surrogate usually creates a child not because she wants to be magnanimous, but because she wants to earn the fee» (LIEBER 1992-1993, 213).

⁵⁰ FABRE 2006, 199-200.

⁵¹ ARNESON 1992b, 154.

⁵² Cfr. MANIACI 2020, cap. II-IV.

il “gender gap”, la differenza tra la retribuzione oraria lorda degli uomini e delle donne, è circa il 15% in favore degli uomini, ma il trend è quello della sua progressiva riduzione ed eliminazione. Siamo in un periodo di transizione, di crisi del patriarcato, ma in Europa oggi nella stragrande maggioranza dei casi le donne non vengono educate alla sottomissione ai desideri, al potere e alla violenza maschile. Ci sono ancora livelli troppo elevati di violenza fisica, sessuale e di femminicidi contro le donne, che sono un centinaio l’anno in Italia. Ci sono, soprattutto in Sud-Europa ancora leggi insufficienti che non rendono facile per le donne l’alternanza maternità-lavoro. Queste leggi che non garantiscono l’alternanza famiglia-lavoro, attraverso ad esempio un numero di asili nido pubblici sufficienti, rendono possibile il cosiddetto, in letteratura, tetto di cristallo, cioè la difficoltà delle donne di raggiungere livelli dirigenziali elevati nell’ambito di lavoro privato e pubblico. Ma non ha senso parlare di una segregazione verticale e orizzontale delle donne nel lavoro dipendente da un paradigma ancora patriarcale, perché se ci fosse ancora un paradigma patriarcale sarebbe inconcepibile spiegare gli elevati rendimenti scolastici e soprattutto universitari delle donne, spesso migliori di quelli maschili.

5.3. Terza obiezione

Satz sostiene che «reproductive labor is more “integral” to [a woman’s] identity than her other productive capacities⁵³». In realtà, vi sono attività molto importanti per la vita di una persona ed essenziali per la sua identità, che possono essere oggetto di un contratto di lavoro, dunque, perché non può esserlo anche il portare avanti una gravidanza da parte di una donna che lo desidera? Pensiamo alle attività delle figure di accudimento, come un badante, un infermiere o una babysitter, a cui molte persone affidano lo svolgimento di attività fondamentali e preziose come il prendersi cura dei figli o dei genitori anziani e ammalati. Lo stesso vale per una psicoterapia con tutti i rischi di transfert e controtransfert. Molte persone affidano i loro desideri e segreti più nascosti, il racconto della propria infanzia, e la cura delle proprie nevrosi a individui che sono pagati per farlo, con i quali spesso sorge una relazione di transfert, una relazione affettiva significativa, a dimostrazione che il pagamento di un corrispettivo in denaro non esclude il configurarsi di una relazione affettiva o di una relazione essenziale per l’identità del soggetto. Lo stesso vale per gli officianti celebrazioni religiose o i missionari in Africa il cui credo religioso è parte essenziale della loro identità, il cui lavoro non è un “lavoro”, ma una missione. Come dice Fabre, ci sono varie attività che sono svolte per soldi, ma anche per ragioni altruistiche, come l’amore per il prossimo, come capita ad un importante chirurgo, che si identifica fortemente col suo lavoro, e che viene pagato per salvare vite umane e che ha il diritto di essere pagato. Il fatto che vi siano motivazioni pecuniarie non esclude le ragioni altruistiche o identitarie⁵⁴. Lo stesso vale per la maternità surrogata.

È difficile sostenere che l’attività di accudimento di una babysitter sia meno importante del portare avanti una gravidanza. In entrambi i casi, soprattutto per bambini piccoli, il comportamento della figura di accudimento può cagionare gravi danni al bambino, come una donna che beve alcol o fuma sigarette di tabacco durante la gravidanza, o una babysitter che traumatizza il bambino con maltrattamenti di vario genere. Il portare avanti la gravidanza implica una contiguità chimico-fisica col bambino che sta nascendo, che all’inizio, e fino a un certo momento della gravidanza, è anche difficile separare come individuo dal corpo della madre. Ciò accade perché il feto e la madre si nutrono dello stesso cibo, respirano lo stesso ossigeno, condividono lo stesso sangue⁵⁵, maggiore contiguità che ha delle implicazioni fisiche, corporee, come una sensa-

⁵³ SATZ 1992, 114.

⁵⁴ FABRE 2006, 200.

⁵⁵ POZZOLO 2016a, 60-61. ROTHMAN 2014, 36: «Women’s wombs don’t walk around separate from the woman. To be pregnant is a wholebody experience [...]. At birth, babies recognize their mother’s voices [...]. In pregnancy, babies are living in the rhythms of the mother’s day – new-born, for example, tend to wake up at what was the

zione di nausea, o dolore, o di movimento del bambino, o una fame irresistibile di qualcosa. Al di là di queste sensazioni fisiche o corporee, la madre surrogata è una figura di accudimento che ha obblighi simili, e gli stessi poteri di far del male al bambino, di una babysitter o di un badante. Allo stesso modo, soprattutto nel caso di babysitter o badanti a tempo pieno, mattina e pomeriggio, di bambini piccoli, sorge spesso tra la figura di accudimento e la figura accudita una relazione affettiva, molti bambini si affezionano fortemente alla figura di accudimento dei primi anni e la ricordano per tutta la vita. Come volevasi dimostrare il fatto che un'attività sia oggetto di contrattazione non impedisce il formarsi di una relazione affettiva o essenziale per l'identità della persona, anche molto forte, né esclude motivazioni altruistiche, e il ruolo della babysitter a tempo pieno, soprattutto nei primi anni, è altrettanto importante per un bambino del ruolo di chi lo ha portato in grembo e partorito. Per questo condivido l'idea, ripeto, che la madre gestante dovrebbe avere il diritto di tenersi il bambino alla fine della gravidanza.

Questa ossessione per la "sacralità" del corpo della donna, che non potrebbe prostituirsi, o portare avanti una gravidanza per conto di un'altra coppia che non può avere figli, è anomala rispetto a tutte le attività di cui si può fare mercimonio. Non si comprende perché la sessualità o la fecondità, o la gravidanza, attività psicofisiche o psicobiologiche, siano diverse in modo rilevante da altre attività di cui si può fare mercimonio. In questo senso, non si comprende perché un'attività intellettuale, parte dell'identità essenziale del soggetto come un filosofo di professione, o l'attività di accudimento di una babysitter dovrebbe essere meno *sacra* di un'attività sessuale, della prostituta, o di un'attività psicobiologica, come quella di condurre una gravidanza per conto di altri, da madre surrogata.

5.4. Quarta obiezione

Un argomento simile a quello della mercificazione è l'argomento della schiavitù. Le madri surrogate sarebbero come schiave, perché il lavoro di portare avanti una gravidanza sarebbe un lavoro a tempo pieno, senza riposo, per nove mesi. Le madri surrogate non avrebbero un momento libero per sé stesse per nove mesi. A tale argomento si può replicare come segue. Innanzitutto, il portare avanti una gravidanza non è come un lavoro manuale o intellettuale, che se svolto senza riposo può cagionare gravi danni psicologici, derivanti da un'interferenza nella sfera corporea/percettiva. Durante la gravidanza, salvo complicazioni, la donna può normalmente svolgere altre attività, compreso lavorare, nonostante alcune ovvie limitazioni. In secondo luogo, vi sono altre professioni come quella di attore, modella, atleta o ballerino che implicano restrizioni (contrattuali) analoghe a quelle delle madri surrogate, relativamente a ciò che si può mangiare, bere, fumare, o relativamente a ciò che non si può non fare (allenarsi ogni giorno per un certo numero di ore)⁵⁶. Le madri surrogate normalmente hanno, infatti, degli obblighi di non danneggiare il bambino, attraverso attività sessuale non protetta, fumando tabacco, consumando droghe, bevendo alcolici, mangiando cibi crudi. Come dicevo sopra, non credo che tali limitazioni siano eccessive, la madre biologica stipulando il contratto sa a cosa va incontro, né che non siano paragonabili alle limitazioni dietetiche imposte a modelle e ballerini.

6. Quella della maternità surrogata è una pratica sociale e giuridica maschilista?

Come afferma Pozzolo,

pregnant women's busiest times of the day. This is not a "surrogate" relationship, but an actual lived one».

⁵⁶ ARNESON 1992b, 161.

«Unos críticos subrayan como la práctica de la subrogación se conecta con la tradición paternalista y patriarcal. Se trata de una práctica patriarcal si se observa desde varias perspectivas, pero principalmente porque en la mayoría de los casos se fecunda el ovulo en el vientre de la mujer con los gametos del padre con el objetivo de perpetuar exclusivamente la línea genética masculina. Este último es el valor perseguido. La subrogación nace y se desarrolla como practica social que busca, en primer lugar, la satisfacción de la “necesidad” de tener una progenie por parte del padre, al precio de la subordinación de varias mujeres. Hoy: una mujer que se inclina a soportar todo, haciendo propia la prioridad de perpetuar el patrimonio genético del marido frente a otras evaluaciones posibles⁵⁷ – en unos casos, hasta simular un embarazo que dé a la luz la prole en el extranjero – otra mujer que presta su cuerpo alquilando su útero, y otra mujer más que ha sido objeto de una pesada estimulación médica para producir más óvulos, uno de los cuales es fecundado con la semilla del padre»⁵⁸.

Secondo Pozzolo, ci sarebbe, nel caso della pratica sociale della maternità surrogata, il perpetuarsi di una tradizione maschilista, il perpetuarsi esclusivo, voluto dal maschio e accettato passivamente dalla donna, di una linea genetica maschile. Ciò avviene attraverso la fecondazione in vitro di un ovulo di un'altra donna da parte dello spermatozoo del padre ricevente o donante, cosa che capita in molti casi di maternità surrogata.

Altri autori credono che la pratica della maternità surrogata sia intrinsecamente maschilista perché rafforza la disuguaglianza di genere (*gender inequality*), in due modi. Primo attribuendo alla coppia committente, quindi anche al padre un controllo sul corpo della donna, ad esempio il contratto normalmente prevede che non debba danneggiare il bambino, fumando tabacco, bevendo alcolici, mangiando cibi crudi. Secondo, rafforza gli stereotipi di genere secondo cui il ruolo fondamentale della donna è partorire bambini e occuparsi dei bambini e della casa⁵⁹.

La pratica della maternità surrogata confinerebbe le donne nell'archetipo positivo del maschilismo, come lo denomina Simone De Beauvoir, cioè di figlia o moglie devota, ubbidiente, sottomesa al volere del maschio, il padre o il marito, il cui ruolo fondamentale è essere madre e occuparsi dei bambini e della casa, essendo intellettualmente inferiore al maschio⁶⁰. Occupiamoci con ordine delle varie obiezioni, incominciando con quella di Pozzolo. Pozzolo vede all'opera un maschio *Alpha* che sottomette al suo volere e ai suoi scopi, tramandare il suo codice genetico, tre donne, la moglie, cioè la madre sociale, la madre biologica o gestazionale, e la terza donna che dona l'ovulo. Ma questa interpretazione è sbagliata. Non sono queste le ragioni che spingono una coppia verso la maternità surrogata, non sono queste le vere motivazioni, empiricamente verificabili, delle donne autonome e indipendenti che partecipano alla pratica della maternità surrogata. Non esistono valori o obiettivi o paradigmi di genere *oggettivamente* esistenti in una pratica sociale, salvo casi di irrazionalità (la credenza nelle streghe) o di violenza epistemica. Ci sono i valori attribuiti da coloro che vi fanno parte. E se Pozzolo si allontana dalle preferenze autonome e reali delle donne coinvolte, che attribuiscono alla pratica un valore non patriarcale, vuol dire che attribuisce valori ad una pratica, dall'alto, in base ad una teoria ideale degli interessi.

La ragione fondamentale per cui una coppia ricorre alla maternità surrogata sta nell'impossibilità di usare l'utero e l'ovulo della donna della coppia che richiede la maternità surrogata, perché troppo “anziano”, non più giovane, o per ragioni di grave sterilità, per cui le probabilità di successo della fecondazione eterologa, con un ovulo esterno impiantato nell'utero della donna della

⁵⁷ «Por ejemplo podría adoptar a una niña/o que es ya viviente y que necesita una familia. Quizás aquí se vea mejor el punto mirando al tema de la subordinación en el sentido de la asunción por parte de la mujer de una jerarquía de valores que es la del patriarcado. En esta línea se consideren también los otros tipos de subrogación».

⁵⁸ POZZOLO 2016b.

⁵⁹ Cfr. FABRE 2006; SATZ 1992; PATEMAN 1988; BRECHER 1988.

⁶⁰ Cfr. DE BEAUVOIR 1956; GIOMI, MAGARAGGIA 2017.

coppia, sono molto basse. La coppia è *costretta* a rivolgersi alla maternità surrogata, non è una scelta. Non c'è nessuna scelta maschilista di non perpetuare la linea genetica femminile, della donna della coppia che stipula il contratto di maternità surrogata, né ci sarebbe un'urgenza di perpetuare la linea genetica maschile contro la dignità della gestante. Abbiamo visto l'estrema indeterminazione del concetto di dignità, che in una concezione liberale e antipaternalista presuppone quello dell'autonomia, per cui sono tutte le donne coinvolte, la madre committente, la madre biologica, la donna che fornisce l'ovulo che decidono in piena razionalità, capacità di intendere e volere, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive cosa è degno o meno per loro. Inoltre, è falsa l'idea per cui in una società matrilineare la maternità surrogata non esisterebbe. Se si ricorre alla maternità surrogata, ad un utero esterno, è perché i medici ritengono che quello della donna della coppia che stipula il contratto di maternità surrogata non sia più idoneo. La replica delle femministe sarebbe: perché allora non adottare un bambino? Anche questa replica mostra grande cecità e non tiene conto delle motivazioni reali, empiricamente verificabili, delle coppie che richiedono in modo autonomo la maternità surrogata. Varie motivazioni fondamentali. Primo, tutte le coppie che si siano sottoposte all'iter burocratico dell'adozione sanno che si tratta di un lungo *calvario*, peggiore di quello della maternità surrogata, dai colloqui con gli operatori sociali che devono stabilire se la coppia sia abbastanza idonea, fino alla scelta se accettare o rifiutare un bambino che, a causa dell'abbandono o di maltrattamenti subiti, potrebbe avere subito significativi traumi. E tutti coloro che conoscono un po' di psicologia sanno che gran parte del carattere, comprensivo dei traumi che un bambino può ricevere, si forma durante l'infanzia e il bambino porterà con sé per sempre i traumi ricevuti in quella età. Spesso i genitori adottanti si trovano di fronte al doloroso dilemma se accettare un bambino di tre o cinque anni che è stato tolto alla famiglia di origine per gravi maltrattamenti. Non è una scelta facile e il rifiuto di un bambino maltrattato è una scelta comprensibile. Secondo, le procedure adottive potrebbero durare anche alcuni anni. Terzo spesso alla coppia viene proposta l'adozione di un bambino molto più grande di quello voluto, ad esempio dieci anni⁶¹. Molto costosa, in termini di costi economici e temporali è, invece, l'adozione internazionale.

Inoltre, il ragionamento della coppia che decide di 'ricorrere alla maternità surrogata, compresa la madre sociale che è un essere normalmente razionale e autonomo, non sottomesso al marito, è che sia preferibile che la coppia di genitori, o uno solo di essi, conservi un legame genetico con il bambino. Se, infatti, non si può utilizzare l'ovulo e l'utero della donna della coppia che ricorre alla maternità surrogata, allora vale la pena, *almeno*, preservare il legame genetico e biologico con un solo genitore, e questo desiderio, condiviso spesso da molte donne autonome e indipendenti, non ha niente di maschilista. Come dice Arneson, si tratta di un desiderio piuttosto comune, normalmente di entrambi i genitori, di avere un figlio biologicamente legato a loro, e non estraneo come un bambino adottato, un figlio che possa avere, per intenderci, il sorriso del nonno, il naso della nonna, l'altezza del padre, o altre somiglianze di famiglia che ricordano da dove il figlio proviene⁶². Come dice Arneson (vedi nota precedente) nell'impossibilità spesso di assicurare (anche) una linea genetica femminile, matrilineare, si accetta, come compromesso, la linea genetica patrilineare.

Altra obiezione basata sulla *gender inequality*. Il padre esercita un controllo sul corpo della madre biologica tale da rafforzare stereotipi di subordinazione e inferiorità? In realtà, la maggior parte dei contratti prevedono semplicemente il divieto di compiere atti che possano danneggiare il bambino, quindi come dice Fabre, la prima ad avere un obbligo morale di non danneggiare il bambino è la madre e questo obbligo ce l'ha verso il bambino, non solo verso la coppia committente. In secondo luogo, anche la madre sociale esercita un controllo sul corpo della madre biologica, attraverso tutti questi divieti necessari per salvaguardare il suo futuro figlio, non c'è un maschio *Apha* che

⁶¹ ARNESON 1992b, 146.

⁶² ARNESON 1992b, 147.

la sottomette al suo volere, la madre sociale decide autonomamente di stipulare il contratto di maternità surrogata essendo l'unico modo di poter avere un bambino.

In terzo luogo, il controllo dei genitori committenti è limitato, perché la madre biologica può decidere di abortire (entro i limiti stabili dalla legge).

La pratica dei contratti di maternità surrogata rafforza gli stereotipi di genere? In realtà no, perché la pratica dei contratti di maternità surrogata rafforza l'idea che la donna sia l'unico soggetto che può partorire un bambino, ma non dice nulla sul suo ruolo successivo al parto. La madre surrogata potrebbe essere una donna lavoratrice, come qualunque altra madre che porti avanti una gravidanza e partorisca un bambino, e il fatto che la donna abbia il diritto di lavorare non è un'idea incompatibile con il contratto di maternità surrogata. Anche la madre sociale potrebbe essere una madre lavoratrice. Non c'è nessun legame concettuale tra il contratto di maternità surrogata e lo stereotipo della casalinga soddisfatta. In secondo luogo, dovremmo proibire, come dice Fabre, ad un avvocato di assumere una segreteria, una donna, anziché un uomo, o ad un medico di assumere una infermiera, perché anche queste professioni rafforzano stereotipi maschilisti. In terzo luogo, per ragioni di coerenza, dovremmo impedire ad una donna di prendersi cura della casa e dei bambini, senza lavorare, perché questa situazione più di ogni altra potrebbe rafforzare gli stereotipi di genere, attualizzarli. In quarto luogo, poiché il corrispettivo per la madre surrogata è consistente, va dai 20.000 dollari di un contratto senza *surrogacy agency* fino a 70.000 dollari di un contratto con *surrogacy agency*, tale guadagno può renderla meno dipendente dal marito economicamente.

7. Danni ai bambini

«Vuoi la verità sui tuoi genitori? O l'hai sempre saputa. L'hai solo tenuta nascosta. Tu sai la verità. Dilla (...)». «Non erano nessuno». «Sporchi mercanti di rottami, ti hanno venduta per comprarsi da bere. Sono morti in una fossa comune nel deserto di Jakku» (Dialogo tra Kylo Ren e Rey, *Gli ultimi Jedi*, di R. Johnson, 2017).

Ho iniziato questo paragrafo con una citazione di un film che narra della sofferenza drammatica di una donna che scopre, o porta alla coscienza, il fatto che i genitori l'avevano venduta per un pugno di dollari. Immagino che questa scoperta da parte di un adulto, che da bambino è stato venduto, deve essere terribile. Alcuni autori, citati da Cécile Fabre, adducono un argomento simile al fine di vietare i contratti di maternità surrogata. Ci sono, si dice, delle regole che dovrebbero valere in ogni relazione genitoriale, ogni relazione genitori-figli, cioè che i genitori non assegnano un valore economico al figlio, ma lo amano in modo incondizionato e appassionato. Violerebbe tali regole il contratto di maternità surrogata, perché

«in primo luogo, nella misura in cui i genitori committenti possono pagare per avere madri surrogate con certe caratteristiche genetiche, il loro atteggiamento nei confronti del bambino sarà verosimilmente (o forse può essere) quello di un consumatore soddisfatto con il 'prodotto' che ha comprato, piuttosto che un genitore che ama il bambino in modo incondizionato. E in secondo luogo, il bambino così creato sarà verosimilmente danneggiato dal sapere che la sua madre biologica l'ha abbandonato, non nel suo migliore interesse, ma perché è stata pagata per farlo»⁶³.

Questo argomento è molto importante e non va sottovalutato. Come dice Fabre, esso è una continuazione e un perfezionamento dell'argomento della mercificazione. Il bambino mercificato soffrirebbe emotivamente del fatto di essere stato trattato come una merce, dall'essere stato "venduto e comprato". Cominciamo a disarticolare questo argomento. Innanzitutto, questo

⁶³ FABRE 2006, 209-210. LONGCOPE 1987; PETERSON 1987, KRIMMEL 1983.

ideale dell'amore appassionato e incondizionato verso i bambini è inverosimile. È molto difficile che persone reali realizzino tale ideale ed è comprensibile che non avvenga. Pochi genitori amano realmente in modo incondizionato, anche se affermano di farlo. Un genitore cattolico potrebbe essere molto deluso dal fatto che il figlio sia divenuto musulmano, e amarlo meno per questo; un altro potrebbe essere molto deluso dal fatto che sua figlia faccia la pornostar o la prostituta, o che il figlio faccia parte di un gruppo nazi-rock. Allo stesso modo, un padre liberal-egualitario potrebbe essere molto deluso da un figlio liberista reaganiano, fan di Nozick, che lascerebbe morire di un tumore una persona che non ha abbastanza denaro per pagare le cure oncologiche (o che non ha una assicurazione sanitaria che le copre). Un figlio potrebbe non amare il padre che lo maltrattava. In secondo luogo, quello che accade con la maternità surrogata, la scelta del migliore ovulo da impiantare, e della donna più adatta a portare avanti la gravidanza, è una scelta che in vari modi fanno molti genitori che non stipulano contratti con una madre surrogata. Molte persone non vogliono crescere un bambino malato e utilizzano varie strategie per sceglierlo sano. La più semplice è l'ecografia morfologica o l'amniocentesi, che individua alcune malattie genetiche, cui segue eventualmente l'aborto.

Nel caso della fecondazione assistita, in vitro, si fa la diagnosi preimpianto, onde evitare di impiantare embrioni malati, che hanno anomalie o malattie genetiche, embrioni che normalmente sarebbero abortiti. Un'altra strategia è scegliere un partner che abbia determinate caratteristiche fisiognomiche, che ragionevolmente trasmetterà ai figli. Un'altra possibilità è che la coppia che vuole adottare un bambino scelga il bambino che preferisce, in base ai caratteri somatici e alla storia del bambino (ad esempio, assenza di maltrattamenti). La scelta dell'ovulo e della madre surrogata da parte della coppia committente non è molto diversa dai casi precedenti di "selezione genetica". Durante la fecondazione assistita si possono scegliere ovuli fecondati che abbiano certe caratteristiche, ad esempio non malati. In terzo luogo, il concetto di *abbandono* da parte della madre biologica utilizzato dagli autori che usano questo argomento è fuorviante e ingannevole. Per due ragioni. Primo, l'abbandono più significativo, causa principale di traumi e sofferenze, non è l'abbandono di un bambino appena nato, da parte della madre, bambino che viene subito consegnato alla coppia committente, perché in questo caso il bambino soffre, dal punto di vista psicologico, un *micro-abbandono*, essendosi semplicemente abituato alla voce e agli umori della madre. L'abbandono più grave è quello che avviene in un tempo successivo, dalle prime settimane fino all'infanzia e adolescenza, perché il legame emotivo e affettivo cresce al crescere dell'età del bambino. Secondo, l'abbandono normalmente traumatizza il bambino, non tanto o non solo per l'assenza dei genitori biologici, ma perché l'abbandono normalmente cagiona l'assenza di figure di accudimento stabili, per un certo tempo, prima che il bambino sia dato definitivamente in adozione, anche se la madre lo abbandona appena nato. Nel caso della maternità surrogata, non avviene nulla del genere. Normalmente il bambino viene subito consegnato ai genitori riceventi o committenti, che verosimilmente gli daranno l'amore, le cure, l'educazione, l'attenzione che merita fin dal parto, essendo due genitori che hanno a lungo voluto un bambino, e non potevano averlo⁶⁴.

In quinto luogo, come dice Fabre, anche se i bambini nati da una madre surrogata soffrono un trauma da abbandono, non abbiamo ragioni di credere che non riceveranno amore, cura, educazione da parte dei genitori committenti o riceventi, amore e cura che potrebbe ragionevolmente compensare o annullare il fatto che la madre biologica abbia rinunciato a crescerli, educarli e istruirli⁶⁵. In sesto luogo, il bambino diventato adulto soffrirà e si sentirà verosimilmente abbandonato solo se i genitori committenti e riceventi lo convincono che l'unica ragione per cui la madre abbia rinunciato ai suoi diritti sul bambino è una motivazione pecuniaria. Al contrario,

⁶⁴ Per questi argomenti e i dati empirici a supporto cfr. FABRE 2006.

⁶⁵ FABRE 2006, 211-212.

come abbiamo visto, normalmente la madre surrogata (e la coppia committente) non considera il bambino o il suo corpo una *merce*, perché nessuno acquisisce un diritto di proprietà sul corpo della madre o sul bambino, né i diritti di uso e consumo di un locatario (affittuario). E, come abbiamo visto, normalmente le madri hanno non solo motivazioni pecuniarie, ma anche motivazioni di altro genere per rinunciare ai loro diritti sul bambino e consegnarlo ai genitori committenti. La madre biologica potrebbe pensare che è opportuno rinunciare per motivazioni altruiste, sicuramente le più importanti, cioè donare una vita ad una coppia infertile, oppure perché ritiene di non essere la persona giusta per crescerlo, ad esempio perché ha già altri due figli, perché non sente di poter essere una buona madre⁶⁶. Se al bambino divenuto adulto viene raccontata, nel modo corretto, la storia della sua nascita, mettendo in luce la grande generosità della madre surrogata, o le molte difficoltà (anche economiche) che la madre surrogata avrebbe dovuto affrontare per tenersi il bambino, sebbene la madre biologica fosse a lui legata affettivamente, evitando di falsificarla mediante un *j'accuse* di mercificazione, credo che il trauma di abbandono, se esistesse, sarebbe molto ridotto. In conclusione, si possono sempre effettuare degli studi empirici sui bambini nati da maternità surrogata, per valutare eventuali traumi analoghi ai bambini adottati, come sono stati fatti sui bambini cresciuti ed educati da coppie omosessuali, per scoprire che in quest'ultimo caso i bambini non subiscono alcun danno.

8. Il problema dell'*exploitation*

Non elaborerò una concezione generale dell'*exploitation*, che risolva tutti i casi dubbi, ma una definizione ritagliata sui casi paradigmatici o più comuni e che sia utile al fine di risolvere il problema della maternità surrogata. Un difetto ricorrente in alcuni studi sulla maternità surrogata è parlare di sfruttamento, *exploitation*, ma non argomentare quale sia la definizione di *exploitation* e in che cosa essa consista⁶⁷.

Si ha generalmente *exploitation* quando un soggetto trae un vantaggio ingiusto da una situazione di necessità o costrizione di un altro soggetto, o da una situazione di inferiorità psichica, situazione di necessità o costrizione o di inferiorità psichica che non è creata dal potenziale sfruttatore, ma da forze esterne all'individuo, come il caso fortuito, le forze della natura, il DNA, l'educazione familiare, il mercato o la mancata tutela dei diritti fondamentali da parte dello Stato. Esattamente come Arneson o Goodin, e come accade nel linguaggio ordinario, non credo vi sia, *exploitation* nell'ipotesi nella quale Tizio uccide Caio e lo deruba, perché è vero che Tizio ha tratto un ingiusto guadagno (ha derubato Caio), ma l'aspetto determinante per descrivere la situazione è l'omicidio e la rapina, non lo sfruttamento, che diventa secondario. Il concetto di sfruttamento è utilizzato spesso quando non ci sono altre categorie più gravi (omicidio, rapina, estorsione, truffa, stupro) per condannare moralmente la situazione, quando non abbiamo altre categorie per stabilire che quella situazione è ingiusta⁶⁸. Se Tizio costringe con la forza Caia ad un rapporto sessuale ("O facciamo sesso, oppure ti rompo un braccio"), chiaramente approfitta della situazione, ma la categoria determinante per interpretare il caso in oggetto è che c'è violenza sessuale, non sfruttamento.

Ovviamente, non mancano casi dubbi o di confine, in cui vi può essere sia *exploitation* che, ad esempio, violenza sessuale. Se un individuo induce taluno a compiere atti sessuali abusando della sua condizione di inferiorità psichica, che può essere anche uno stato di grave angoscia o ansia o depressione temporanea, o uno stato di grave soggezione psicologica dovuta alla credenza che

⁶⁶ FABRE 2006, 210, 211.

⁶⁷ Cfr. POZZOLO 2016a, 60.

⁶⁸ Cfr. ARNESON 1992a; GOODIN 1988.

lo stupratore sia un mago con poteri occulti, possiamo avere sia violenza sessuale (ai sensi dell'art. 609 bis c.p. it.) sia sfruttamento⁶⁹.

Trarre un vantaggio ingiusto significa che in molti casi (quella che può essere descritta come) l'offerta fatta dal potenziale sfruttatore, nonostante, da un certo punto di vista, produca un miglioramento della situazione della vittima, viola, dal punto di vista morale, i diritti della vittima. Il potenziale sfruttatore trae un vantaggio dal fatto che qualcuno è costretto a scegliere tra due situazioni che si considerano, moralmente, entrambe inaccettabili. Ad esempio, se Tizio si trova in un deserto e sta morendo di sete e incontra Caio che ha una abbondante riserva di acqua e Caio gli propone di vendergli l'acqua per 100.000 euro, Caio sta violando il diritto di Tizio a pagare l'acqua ad un prezzo di mercato, il diritto di Tizio a non essere costretto a scegliere tra la morte e dare 100.000 euro a Caio. Se Tizio accettasse l'offerta, starebbe subendo un danno economico. Lo stesso nel caso in cui Tizio stia annegando e incontra Caio sulla sua barca che potrebbe salvarlo, e che gli chiede 100.000 euro per salvarlo.

In tal senso, non accetto la distinzione tra *consensual exploitation* e *non consensual exploitation* di Wertheimer, perchè lo sfruttatore sempre approfitta di una situazione in cui la vittima è costretta, ad esempio dalla necessità o dalla povertà, ad accettare la sua offerta, o in cui il consenso della vittima non è sufficientemente valido, è viziato da inganno, ignoranza dei fatti rilevanti, momentanea irrazionalità, pressioni coercitive, quindi la volontà della vittima è sempre fortemente compromessa. Né ha senso distinguere con Wertheimer tra *harmful exploitation* and *mutually advantageous exploitation*, perchè i casi di sfruttamento mutuamente vantaggioso sono sì casi nei quali la vittima ha un miglioramento dalla transazione (Tizio sta morendo di sete e riceve una bottiglia di acqua per 100.000 euro), ma questo miglioramento (bere acqua), rispetto alla situazione iniziale (morire di sete), rappresenta anche una violazione dei diritti di Tizio, un danno economico (dare 100.000 euro) nel caso di Tizio che stava morendo di sete⁷⁰. Non vedo molto senso nel denominare *semplicemente* mutuamente vantaggiosa una situazione nella quale Tizio, che sta morendo di sete, riceve una bottiglia di acqua da Caio, e Caio riceve 100.000 euro, perchè il guadagno di Caio è irragionevole, viola i diritti di Tizio, quindi, in questo senso, ogni *exploitation* è, da un certo punto di vista, dannosa, *harmful*. La situazione precedente, nella quale Tizio, che sta morendo di sete in un deserto, riceve una bottiglia d'acqua da Caio per 100.000 euro, va correttamente descritta come una situazione, da un certo punto di vista, vantaggiosa per entrambi, perchè Tizio ha un miglioramento (bere acqua) rispetto alla situazione iniziale (morire di sete), ma, da un altro punto di vista, dannosa, dannosa rispetto a ciò cui Tizio avrebbe avuto diritto, perchè c'è anche un danno, che dipende dal fatto che Tizio sta sopportando un costo assolutamente sproporzionato.

Poiché l'*exploitation* dipende essenzialmente da una situazione di coercizione o necessità (o da una situazione di inferiorità psichica), la situazione di necessità o coercizione dipende essenzialmente da quali diritti fondamentali attribuiamo alle persone. Una persona, ad esempio, un lavoratore ha diritto a non essere costretto, dalla povertà, a lavorare 10-12 ore al giorno, ha il diritto di non effettuare turni di lavoro massacranti, ha diritto alle ferie e al riposo, cioè ha diritto a non essere costretto dalla povertà a rinunciare al riposo e alle ferie. Ha diritto ad un ambiente di lavoro salubre. Il godimento di questi diritti assicura che Tizio non subisca un danno psicofisico o un serio danno psicologico dovuto ad una interferenza significativa nella sua sfera corporeo-percettiva (effettuare un turno massacrante di 12 ore al dì).

Ha un diritto indisponibile Tizia a non essere costretta dalla povertà assoluta a stipulare un contratto di maternità surrogata, portando avanti una gravidanza per conto terzi? Sì, ha questo diritto, perchè in Italia, nel 2017, 9 su 100.000 donne sono morte di parto, in linea con la media eu-

⁶⁹ Cfr. la giurisprudenza italiana citata in <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-xii/capoo-iii/sezione-ii/art609bis.html> (consultato il 5 dicembre 2022).

⁷⁰ Cfr. WERTHEIMER 1996, 14.

ropea, un rischio basso, ma pur sempre esistente⁷¹. Inoltre, vi sono alcuni problemi che possono emergere durante la gravidanza, come insonnia, incontinenza urinaria, nausea, e vi sono alcune sindromi, alcune malattie che possono sorgere dopo il parto, come una depressione postparto, o la tiroidite post-partum o l'artrite reumatoide, queste ultime malattie autoimmuni⁷². Possono altresì esserci disturbi rilevanti come infezioni puerperali (infezioni vulvovaginali o uterine) o infezioni mammarie, o disturbi più gravi come emorragie dovute ad atonia⁷³. Secondo uno studio israeliano, le gestanti avrebbero in media l'1,8% di probabilità di avere gravidanze multifetali, che aumenta il rischio di ritardo di crescita fetale, travaglio prematuro, malformazioni congenite, morbilità e mortalità perinatale, atonia uterina ed emorragia, probabilità che sale con l'età, in particolare il 10,9% per le gestanti di età uguale o superiore ai quarantacinque anni; le gestanti hanno in media il 2,2% di probabilità di avere il diabete, che porta con sé il rischio di malattie ipertensive o macrosomia fetale, che sale con l'età, in particolare il 21% per le gestanti di età uguale o superiore ai quarantacinque anni; le gestanti hanno in media il 5,2% di probabilità di avere ipertensione, ipertensione che porta con sé il rischio di restrizione della crescita fetale o di risultati materni sfavorevoli, che sale con l'età, in particolare il 21% per le gestanti di età uguale o superiore ai quarantacinque anni. Anche il tasso di parti prematuri o di neonati di peso molto ridotto oscilla intorno all'1%, che aumenta molto con l'età, in particolare a quarantacinque anni. Nelle donne superiori ai trentacinque anni è aumentata l'incidenza di preclampsia, delle complicanze durante il travaglio, del distacco della placenta, della morte fetale o della placenta previa⁷⁴.

Si può parlare di *exploitation* o sfruttamento se Tizia accetta di portare avanti una gravidanza per altri, (anche) in cambio di una rilevante somma di denaro, ad esempio 30.000 o 50.000 euro, (anche) per realizzare il desiderio di comprare un'automobile nuova o una barca a vela o un televisore di quaranta pollici o pagare una parte del mutuo per comprare una seconda casa in campagna? Non mi sembra, perché nessuno ha il diritto fondamentale di avere una barca a vela o un televisore di quaranta pollici o una seconda casa in campagna (o anche di comprare la prima casa, evitando di pagare l'affitto, salvo povertà assoluta, cioè l'impossibilità di pagare un canone di locazione in periferia). Non c'è un ingiusto vantaggio, perché la madre surrogata riceve una somma consistente e perché non si trova normalmente, almeno in Occidente, in una situazione di necessità o coercizione.

È evidente, in ultima analisi, che la soluzione del problema di ciò che dovrebbe o non dovrebbe essere consentito a persone che vivono in un grave stato di indigenza dà luogo a *dilemmi tragici*, in relazione ai quali entrambe le soluzioni possibili per risolvere il dilemma sono egualmente immorali o ingiuste. Innanzitutto, alcuni autori come Fabre fanno notare che i poveri in senso assoluto possono già adesso, indipendentemente dalla legalizzazione della maternità surrogata, correre rischi medi o elevati per la vita e la salute, svolgendo lavori rischiosi, ma ben remunerati, come diventare soldati impegnati in operazioni militari all'estero, persone occupate nello smantamento di zone minate, o svolgere sport professionali rischiosi come la boxe. Quindi per coerenza si dovrebbe consentire anche la maternità surrogata. In secondo luogo, sembrerebbe che negando ai poveri in senso assoluto la possibilità di stipulare contratti di maternità surrogata li si danneggia *due volte*, la prima volta perché lo Stato non li aiuta con sussidi adeguati, la seconda impedendogli di uscire dalla povertà assoluta attraverso il corrispettivo previsto per la maternità surrogata⁷⁵. E, tuttavia, questo argomento ha problemi di coerenza, perché altrimenti dovremmo

⁷¹ VALSECCHI 2018.

⁷² LANDMANN 2018

⁷³ SFAMENI 2018.

⁷⁴ Cfr. ARTAL 2018; LASKOV ET AL. 1988. Su quanto il fumo di tabacco, anche passivo, la depressione, o la violenza domestica in donne afroamericane a basso reddito aumenti i rischi di complicanze e sindromi durante la gravidanza o durante il parto cfr. SUBRAMANIAN ET AL. 2011. Cfr. anche FABRE 2006, 192-193.

⁷⁵ FABRE 2006, 27-29.

consentire a persone indigenti di accettare lavori che li espongano a elevati o gravi rischi per la salute in aziende chimiche, petrolchimiche o stabilimenti nucleari che non adottino determinati standard di sicurezza, o di accettare turni di lavoro di 14 ore al giorno, o di accettare lavori in ambienti poco salubri. Fermo restando, come già detto, che lo Stato ha l'obbligo di tutelare alcuni diritti fondamentali, come il diritto a una retribuzione adeguata, una pensione di vecchiaia adeguata, un sussidio di disoccupazione involontaria adeguato, adeguati a svolgere una vita dignitosa e a uscire dalla povertà assoluta, credo sia preferibile, qualora lo Stato non tutelasse i diritti ora menzionati, minimizzare il rischio per la salute e la vita di persone gravemente indigenti. Poiché si può supporre che una persona gravemente indigente possa ragionevolmente scegliere tra un lavoro normalmente remunerato e poco rischioso, operaio metalmeccanico, e un lavoro molto più remunerato ma più rischioso, come il soldato o il pugile. E poiché si può supporre che tale persona indigente possa avere spesso altre motivazioni personali, come l'amore per la boxe o il patriottismo, per diventare pugile o soldato, mi sembra preferibile evitare che una persona sia costretta, dalla povertà, a portare avanti una gravidanza per altri, essendoci una certa probabilità di contrarre malattie o di una diminuzione dell'aspettativa di vita.

Se lo Stato non tutelasse i diritti fondamentali dei lavoratori, degli operai, come il diritto al riposo, alle ferie, ad un ambiente di lavoro salubre, tutti i poveri sarebbero costretti ad accettare sempre lavori pericolosi per la salute o la vita. Non avrebbero nessuna scelta. Lo stesso accadrebbe con la maternità surrogata. Se fosse lecita anche per le donne povere, probabilmente alcune donne povere, perché hanno un lavoro part-time, o perché c'è molta disoccupazione, o perché il sussidio di disoccupazione non è sufficiente, o perché hanno una famiglia con quattro persone e un solo impiego, sarebbero costrette a stipulare contratti di maternità surrogata, probabilmente più di una volta, con un rischio importante per la salute e una diminuzione dell'aspettativa di vita. La disoccupazione o il sussidio insufficiente sono temporanei, la gravidanza e i suoi rischi sono permanenti. Tutte le donne, non troppo anziane, biologicamente fertili possono diventare madri surrogate, mentre molto poche possono fare il pugile, l'atleta di lotta libera, il soldato all'estero (c'erano 6500 soldati impegnati in operazioni militari all'estero in Italia nel 2017). Diventare un atleta di lotta libera o soldato all'estero è qualcosa che si deve volere molto, che necessita di determinati requisiti fisici e psichici, molti sacrifici e molta formazione, che implica molta volontà e motivazione personale; è qualcosa che normalmente *si sceglie*, indipendentemente dalla povertà.

Un ultimo problema è cosa fare nel momento in cui un contratto di maternità surrogata viene stipulato con una madre gestante in povertà assoluta, in Europa o all'estero. Togliere il bambino, una volta nato, e darlo in adozione sembra crudele, per la coppia ricevente o committente. Si potrebbe pensare ad una multa, ad esempio diecimila euro, che vada a formare o incrementare un Fondo nazionale e un Fondo internazionale per la lotta alla povertà⁷⁶.

⁷⁶ Sulla lotta alla povertà cfr. POGGE 2002.

Riferimenti bibliografici

- ADAMO U. 2016. *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità v. Libertà?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3, 1267 ss.
- AGACINSKI S. 2020. *L'uomo disincarnato*, Neri Pozza.
- ALEMANY M.. 2005. *El concepto y la justificación del paternalismo*, in «Doxa», 28, 265 ss.
- ALEMANY M. 2006. *El paternalismo jurídico*, Iustel.
- ANDERSON S. 2006. *Coercion*, «Stanford Encyclopedia of Philosophy», disponibile in: <https://plato.stanford.edu/entries/coercion/> (consultato il 5 dicembre 2022).
- ANDERSON E. 1990. *It is Women's Labor a commodity?* in «Philosophy & Public Affairs», 19, 1, 71 ss.
- ARNESON R.J. 1992a. *Exploitation*, in BECKER L. «Encyclopedia of Ethics», Garland.
- ARNESON R.J. 1992b. *Commodification and Commercial Surrogacy*, in «Philosophy & Public Affairs», 21, 2, 132 ss.
- ARTAL R. 2018. *Fattori di rischio per complicanze durante la gravidanza*, in «Manuale MSD», disponibile in: <https://www.msmanuals.com/it-it/professionale/ginecologia-e-ostetricia/gravidanza-ad-alto-rischio/fattori-di-rischio-per-complicanze-durante-la-gravidanza> (consultato il 5 dicembre 2022).
- ATIENZA M. 1988. *Discutamos sobre paternalismo*, in «Doxa», 5, 203 ss.
- BATTAGLIA L. 1995. *Il punto di vista delle donne nelle pratiche di procreazione artificiale*, in ROMANO C., GRASSANI G. (eds.), *Bioetica*, Utet, 345 ss.
- BENVENUTI F. 2006, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, 9 ss.
- BER R. 2000. *Ethical Issues in Gestational Surrogacy*, in «Theoretical Medicine and Bioethics», 21, 153 ss.
- BRECHER B. 1988. *Surrogacy, Liberal Individualism, and the Moral Climate*, in J.D.G. EVANS (ed.), *Moral Philosophy and Contemporary Problems*, Cambridge University Press, 183 ss.
- BROPHY K.M., 1981-1982, *A Surrogate Mother Contract to Bear a Child*, in «Journal of Family Law», 20, 263 ss.
- CELANO B. 1994, *Dialettica della giustificazione pratica*, Giappichelli.
- COREA G. 1985. *The Mother Machine*, Harper and Row.
- DAMELIO J., SORENSEN K. 2008. *Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy*, in «Bioethics», 22, 269 ss.
- DE BEAUVOIR S. 1956. *The Second Sex*, Jonathan Cape, (ed. or. *Le Deuxième Sexe*, Gallimard, 1949, trad. ing. H.M. Parshley).
- DICIOTTI E. 1986. *Paternalismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVI, 2, 557 ss.
- DICIOTTI E. 2005, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in «Ragion pratica», 24, 99 ss.
- DUDEN B. 2003, *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Bollati Boringhieri, Torino (ed. or. *Der Frauenleib als öffentlicher Ort. Vom Mißbrauch des Begriffs Leben*, Luchterhand Literaturverlag GmbH, 1991, trad. it. G. Maneri).
- DURÀN AYAGO A. 2020. *A propósito de la gestación por sustitución*, in «The Conversation», 18 agosto 2020.
- DURÀN AYAGO A. 2017. *Premisas para el debate en una necesaria regulación de la gestación por sustitución*, in «Clinica Juridica», 31 gennaio 2017.
- DWORKIN R. 2002. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli.

- DWORKIN, G. 1983. *Paternalism*, in R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, 19 ss.
- FABRE C. 2006. *Whose Body is it Anyway?: Justice and the Integrity of the Person*, Oxford University Press.
- FEINBERG, J. 1983. *Legal Paternalism*, in R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, 3 ss.
- FEINBERG J. 1984. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*. N.Y., Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1985. *The Moral Limits of the Criminal Law. Offence to Others*. N.Y., Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1986. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. N.Y., Oxford University Press.
- FIRESTONE S. 1972. *The Dialectic of Sex. The case for feminist revolution*, William Morrow and Company.
- GARZÓN VALDÉS E. 1988a. *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, in «Doxa», 5, 155 ss.
- GARZÓN VALDÉS E. 1988b. *Sigamos discutiendo sobre el paternalismo*, in «Doxa», 5, 215 ss.
- GERT B., CULVER, C. 1976. *Paternalistic Behavior*, in «Philosophy and Public Affairs», 6, 45 ss.
- GIANNINI M.S. 2003. *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1951, 851 ss., ripubblicato con il titolo *Autonomia*, in *Studi in onore di Luigi Rossi*, Milano, 1952 ora in ID., *Scritti*, III, 1949-1954, Giuffrè.
- GILLIGAN C. 2003. *In a Different Voice*, Harvard University Press.
- GIOMI E., MAGARAGGIA S. 2017. *Relazioni brutali. Genere e violenza nella cultura mediale*, il Mulino.
- GOODIN R. 1988. *Reasons for Welfare: Economic, Sociological and Political - but Ultimately Moral*, in MOON D. (ed.), *Responsibility, Rights and Welfare*, Westview.
- GRIFFIN D. 1986. *Well-Being*, Clarendon Press.
- HOCHSCHILD A. 1983. *The Managed Heart*, University of California Press.
- HOLDER A. 1985. *Surrogate Motherhood: Babies for Fun and Profit*, in: «Law, Medicine and Healthcare», 12, 3, 115 ss.
- KEANE N. 1983. *The Surrogate Parenting Contract*, in «Adelphia Law Journal», 2, 45 ss.
- KRIMMEL H. 1983. *The Case against Surrogate Parenting*, in «Hastings Center Report», 13, 5, 35 ss.
- LAMOND G. 1996. *Coercion, Threats and the Puzzle of Blackmail*, in A.P. SIMESTER, A.T.H. SMITH (eds.), *Harm and Culpability*, Oxford University Press, 215 ss.
- LANDES E., POSNER R. 1978. *The Economics of the Baby Shortage*, in «Journal of Legal Studies», 7, 323 ss.
- LANDMANN J. 2018. *Il periodo postparto*, disponibile in: <https://www.naturopathiccurrents.com/it/node/385> (consultato il 5 dicembre 2022).
- LASKOV I., BIRNBAUM R., AMZALLAG S., MASLOVITZ S., KUPFERMINEC M., LESSING J., PAUZNER D., MANY A. 2009. *Pregnancy in Women 45 years Old-Risks and Hazards*, in «American Journal of Obstetrics & Gynecology», December 2009, Supplement, S62.
- LIEBER K.B. 1992-1993. *Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?*, in «Indiana Law Journal», 68, 205 ss.

- LONGCOPE K. 1987. *Surrogacy: Two Professionals on Each Side of Issue Give Their Arguments for Prohibition and Regulation*, in «Boston Globe», 23 Marzo 1987.
- MANIACI G. 2020. *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons.
- MANIACI G. 2011. *No le digan loco a Bill. Sobre internalismo y externalismo de las razones para la acción*, in «Diritto e questioni pubbliche», 11, 663 ss.
- MANIACI G. 2008. *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli.
- MANIACI G. 2017. *Come interpretare il principio del danno*, in «Ragion pratica», 48, 1, 141 ss.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli.
- MARTONE A. 2016. *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in DI STASI A. (ed.), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Cedam.
- MILL J.S. 1997. *Saggio sulla libertà (1859)*, il Saggiatore.
- MURARO L. 2011. *Non è da tutti. L'indicibile fortuna di nascere donna*, Carocci Editore.
- MURPHY J.G. 1994. *Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law*, in COLEMAN J., BUCHANAN A. (eds.), *In Harm's Way, Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge University Press, 209 ss.
- NOZICK R. 1999. *Coercion*, in ID., *Socratic Puzzles*, Harvard University Press.
- O'BRIEN S. 1986. *Commercial Conception: A Breeding Ground for Surrogacy*, in «North Carolina Law Review», 65, 127 ss.
- PARKER P. 1982. *Surrogate Motherhood: The Interaction of Litigation, Legislation and Psychiatry*, in «International Journal of Law and Psychiatry», 5, 341 ss.
- PATEMAN C. 1988. *The Sexual Contract*, Polity.
- PETERSON I. 1987. *Baby M. Case: Surrogate Mothers Vent Feelings*, in «New York Times», 2 Marzo 1987.
- POGGE T. 2002. *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press.
- POSNER R. 1987. *The Regulation of the Market in Adoptions*, in «Boston University Law Review», 67, 59 ss.
- POSNER, R. 1989. *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*. In «Journal of Contemporary, Health, Law and Policy», 5, 1 ss.
- POZZOLO S. 2016a. *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2, 2016, 53 ss.
- POZZOLO S. 2016b. *Locatio ventris*, in GIMÉNEZ T.V., MARZOCCO V., POZZOLO S., FARANO A. (eds.), *La subjetividad político-jurídica de las mujeres y la biotecnología como política de reproducción*, in «Bioderecho.es. Revista internacional de investigación en Bioderecho», 3, 37 ss., disponibile in: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/436380> (consultatio il 6 dicembre 2022)
- RADIN M. G. 1987. *Market Inalienability*, in «Harvard Law Review», 100, 8, 1849 ss.
- RAGONNÉ H. 1994. *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, Westview.
- ROMANO A. 1987. *Autonomia nel diritto pubblico*, in «Digesto Discipline Pubblicistiche», 1987, 30 ss.
- RONCHETTI L. 2018. *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè.
- ROTHMAN B.K. 2014. *The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy. Or Why Are We Quibbling Over This?*, in «The American Journal of Bioethics», 14, 5, 36 ss.
- SATZ D. 1992. *Markets in Women's Reproductive Labor*, in «Philosophy and Public Affairs» 21, 107 ss.

SCARPELLI U. 1998. *Bioetica laica*, Baldini & Castoldi.

SCHIAVELLO A. 1998. *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Roland Dworkin*, Giapichelli.

SFAMENI P. 2018. voce *Puerperio*, in «Enciclopedia Treccani», disponibile in: http://www.treccani.it/enciclopedia/puerperio_%28Enciclopedia-Italiana%29/ (consultato il 5 dicembre 2022).

SUBRAMANIAN S., KATZ K.S., RODAN M., GANTZ M.G., EL-KHORAZATY N.M., JOHNSON A., JOSEPH J. 2012. *An Integrated Randomized Intervention to Reduce Behavioral and Psychosocial Risks: Pregnancy and Neonatal Outcomes*, in «Maternal Child Health Journal», 16, 545 ss.

SUGAMELE L., 2016, *La questione della differenza. Decostruzione del concetto di patriarcato e affermazione dell'autodeterminazione*, in «Filosofia e nuovi sentieri», disponibile in: <https://filosofiaenuovisentieri.com/tag/dehumanization/> (consultato il 5 dicembre 2022).

TAYLOR C. 1982. *The Diversity of Goods* in SEN A., WILLIAMS B. (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, 29 ss.

UTIAN W.H., R. KIWI 1988. *Obstetrical Risks of Pregnancy and Childbirth After Age 35*, in «Maturitas», Suppl. 1, 63 ss.

VALSECCHI M.C. 2018. *Morire di parto. Un evento raro che in parte si può prevenire*, disponibile in: http://www.dolceattesa.com/parto/_partorire_prevenzione/ (consultato il 5 dicembre 2022).

VANDEVEER D. 1986. *Paternalistic Intervention*, Princeton University Press.

WERTHEIMER A. 1987. *Coercion*, Princeton University Press.

Wertheimer A. 1996. *Exploitation*, Princeton University Press.