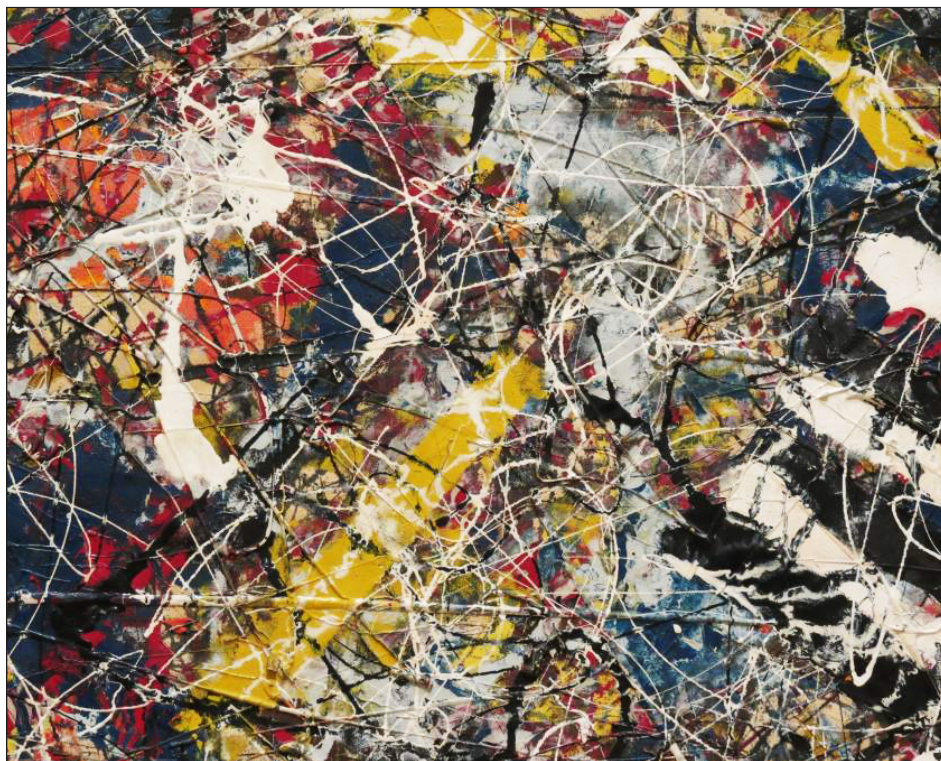


*Quaderni  
di Teoria Sociale*

numero

2 | 2018



Morlacchi Editore

QUADERNI DI TEORIA SOCIALE

n. 2 | 2018

Morlacchi Editore

# Quaderni di Teoria Sociale

*Direttore*

Franco CRESPI

*Co-direttore*

Ambrogio SANTAMBROGIO

*Comitato di Direzione*

Matteo BORTOLINI, Franco CRESPI, Enrico CANIGLIA, Gianmarco NAVARINI, Walter PRIVITERA,  
Ambrogio SANTAMBROGIO

*Comitato Scientifico*

Domingo Fernández AGIS (Università di La Laguna, Tenerife), Ursula APITZSCH (Università di Francoforte), Stefano BA (University of Leicester), Gabriele BALBI (Università della Svizzera Italiana), Giovanni BARBIERI (Università di Perugia), Lorenzo BRUNI (Università di Perugia), Massimo CERULO (Università di Perugia-CERLIS, Paris V Descartes), Daniel CHERNILO (Università di Loughborough, UK), Luigi CIMMINO (Università di Perugia), Luca CORCHIA (Università di Pisa), Riccardo CRUZZOLIN (Università di Perugia), Alessandro FERRARA (Università di Roma III), Teresa GRANDE (Università della Calabria), David INGLIS (Università di Exeter, UK), Paolo JEDŁOWSKI (Università della Calabria), Carmen LECCARDI (Università di Milano Bicocca), Danilo MARTUCELLI (Université Paris V Descartes), Paolo MONTESPERELLI (Università di Roma La Sapienza), Andrea MUEHLEBACH (Università di Toronto), Ercole Giap PARINI (Università della Calabria), Vincenza PELLEGRINO (Università di Parma), Massimo PENDENZA (Università di Salerno), Valérie SACRISTE (Université Paris V Descartes), Loredana SCIOLLA (Università di Torino), Adrian SCRIBANO (CONICET-Instituto de Investigaciones Gino Germani, Buenos Aires) Roberto SEGATORI (Università di Perugia), Vincenzo SORRENTINO (Università di Perugia), Gabriella TURNATURI (Università di Bologna)

*Redazione a cura di RILES | Per il triennio 2016-2018*

Massimo CERULO, Luca CORCHIA, Massimo PENDENZA, Ambrogio SANTAMBROGIO

I Quaderni di Teoria Sociale utilizzano i criteri del processo di referaggio indicati dal Coordinamento delle riviste italiane di sociologia (CRIS).

*Nota per i collaboratori*

I Quaderni di Teoria Sociale sono pubblicati con periodicità semestrale. I contributi devono essere inviati a: redazioneQTS@gmail.com; ambrogio.santambrogio@unipg.it.

Per abbonarsi e/o acquistare fascicoli arretrati: redazione@morlacchilibri.com

Impaginazione: Pierpaolo Papini

QUADERNI DI TEORIA SOCIALE, n. II | 2018

ISSN (print) 1824-4750 ISSN (online) ....-....

Copyright © 2018 by Morlacchi Editore, Piazza Morlacchi 7/9 | Perugia.

L'edizione digitale on-line del volume è pubblicata ad accesso aperto su [www.morlacchilibri.com](http://www.morlacchilibri.com). La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>).

La licenza permette di condividere l'opera, nella sua interezza o in parte, con qualsiasi mezzo e formato, e di modificarla per qualsiasi fine, anche commerciale, a condizione che ne sia menzionata la paternità in modo adeguato, sia indicato se sono state effettuate modifiche e sia fornito un link alla licenza.

È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata.

[www.morlacchilibri.com/universitypress/](http://www.morlacchilibri.com/universitypress/)

## Sommario

### SAGGI

CESARE SILLA

*Il nesso tra problematica del Menschentum e approccio genealogico nell'opera di Max Weber: da I lavoratori agricoli tedeschi a L'etica protestante* 11

EMILIANA MANGONE

*Pitirim A. Sorokin il teorico della sociologia integrale* 41

ELEONORA PIROMALLI

*Axel Honneth critico dell'economia capitalistica: da Redistribuzione o riconoscimento (2003) a L'idea di socialismo (2015)* 61

LUCA GUIZZARDI

*Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto* 79

DAVIDE RUGGIERI

*La costituzione dell'oggetto sociale e culturale nella forma della relazione: un tentativo di rileggere Pierre Bourdieu attraverso Georg Simmel* 103

LORENZO VIVIANI

*Sacralizzazione del popolo e politica della disintermediazione. La sfida populista alla liberal-democrazia* 127

ADRIÁN SCRIBANO

*Sociology of Bodies/Emotions: The Perspective of Karl Marx* 149

JULIEN BERNARD  
*Vers une théorie sociologique des émotions. Articuler les niveaux micro et macro-sociologiques* 173

VALÉRIE SACRISTE  
*Vers une sociologie existentielle des objets* 193

#### NOTA CRITICA

FRANCO CRESPI  
Danilo Martuccelli, *La condition sociale de la modernité*, Gallimard, Paris, 2017 223

#### RECENSIONI

ANDREA BORGHINI  
Emanuela Susca, a cura di, *Pierre Bourdieu. Il mondo dell'uomo, i campi del sapere*, Napoli-Salerno, Orthotes, 2017, 236 pp. 235

LIDIA LO SCHIAVO  
Andrea Spreafico, *Tracce di sé e pratiche sociali. Un campo d'applicazione per una sociologia situata e visuale delle interazioni incarnate*, Roma, Armando, 2016, 208 pp. 243

PAOLO COSTA  
Olimpia Affuso, Ercole Giap Parini, a cura di, *Amor sacro e amor profano. Di alcune forme ed esperienze dell'amore contemporaneo*, Cosenza, Pellegrini Editore, 2017, 236 pp. 249

LUCA CORCHIA  
Cristopher Cepernich, *Le campagne elettorali al tempo della networked politics*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 166 pp. 255

\*\*\*

|                                                   |     |
|---------------------------------------------------|-----|
| <i>Abstract degli articoli</i>                    | 263 |
| <i>Notizie sui collaboratori di questo numero</i> | 271 |
| <i>Elenco dei revisori permanenti</i>             | 275 |
| <i>Avvertenze per Curatori e Autori</i>           | 277 |

LUCA GUIZZARDI

## *Nostro figlio.* La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto

*Introduzione: rivoluzioni, contro-rivoluzioni e appelli*

**D**icembre 2015. Le donne del movimento ‘Se non ora quando-Libere’ lanciano un appello contro la pratica dell’utero in affitto in quanto “noi rifiutiamo di considerare la ‘maternità surrogata’ un atto di libertà o di amore” – come si legge dal manifesto pubblicato e sottoscritto da centinaia di persone. L’auspicio della petizione è di giungere a una mondiale messa al bando della *surrogacy* in quanto “non possiamo accettare, solo perché la tecnica lo rende possibile, e in nome di presunti diritti individuali, che le donne tornino a essere oggetti a disposizione: non più del patriarca ma del mercato”. Qualche mese dopo, il 18 marzo dell’anno seguente, il Comitato nazionale per la bioetica approva il documento ‘Maternità surrogata a titolo oneroso’ col quale, ribadendo che “la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione”, afferma che “tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali”.

Giugno 2016. Entra in vigore la ‘Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze’, la cosiddetta ‘legge Cirinnà’, dal nome della senatrice e relatrice del disegno di legge. Dalla formulazione originaria della legge, per trovare un compromesso con la parte del Parlamento nettamente avversa a istituire le unioni gay, la relatrice ha accolto l’istanza di stralciare

l'obbligo alla fedeltà e il diritto della *step-child adoption*, ossia la possibilità di adottare il figlio del partner quale genitore biologico. L'eliminazione della *step-child adoption* dalla legge è, per il ministro Alfano, il “no all'utero in affitto”<sup>1</sup>. In Italia, il divieto alla maternità surrogata è già sancito dalla Legge 40 del 2004 – legge che, però, è stata giudicata incostituzionale e progressivamente modificata dalla sua entrata in vigore.

*Febbraio 2017.* La Corte di Appello di Trento, con l'ordinanza del 23 febbraio, pur ammettendo “la indubitabile constatazione che in base alla vigente disciplina non sia consentito il ricorso alla maternità surrogata, contrariamente a quanto previsto dalla \*\*\*\* che invece lo consente [purché a titolo gratuito essendo vietata la retribuzione della ‘mère porteuse’] non è tuttavia sufficiente per negare effetti nel nostro ordinamento al provvedimento che [...] ha riconosciuto un rapporto di filiazione tra il \*\*\*\* e i due minori nati facendo ricorso alla maternità surrogata e nell'ambito di un progetto genitoriale intervenuto fra i ricorrenti”. Per la prima volta in Italia, la giurisprudenza riconosce e istituisce il legame genitoriale tra due figli nati grazie alla *surrogacy* – avvenuta negli Stati Uniti – e il loro padre non biologico autorizzando la trascrizione dell'atto di nascita straniero ove sono indicati i due papà come i due genitori. Non è attraverso il ricorso alla *step-child adoption* che quell'uomo diventa padre bensì in virtù della *presunzione di genitorialità (in tal caso, di paternità)*. Inoltre, la stessa sentenza pone l'accento sulla *globalizzazione della pratica della maternità surrogata*.

Quattro voci contrastanti! Da una parte, il Parlamento, un movimento femminista e la scienza si pongono nettamente contrari alla pratica della *surrogacy*; dall'altra, la giustizia ne legittima *una* in virtù della bontà di un progetto genitoriale condiviso. La *surrogacy* è terreno di confronto, pietra di scandalo o positiva evoluzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistite – a seconda dell'approccio che si sceglie. Elly Teman [2008] rileva come la ricerca in merito a questa tecnica sia una costruzione sociale inficiata dalle assunzioni *occidentali* sulla maternità e sulla famiglia. Passando in rassegna numerosissimi studi di psicologia sociale, emerge una difficoltà trasversale a tutti i ricercatori nel “digerire che le madri surrogate siano donne ‘normali’ senza alcuna patologia e che l'istinto ‘naturale’ delle donne verso il legame sia costruito culturalmente” [ivi, 1110, tra-

---

1. Dall'edizione online de *Left* del 13 ottobre del 2015.

duzione nostra]. L'interrogativo è molto scomodo: come mai, Teman si domanda, "i ricercatori psicosociali continuano a imporre categorie preconcepite anche quando i risultati dicono diversamente" [ivi, 1109, traduzione nostra]? Non è vero che le madri surrogate non siano donne *normali*; non è vero che le madri surrogate siano donne che versano in condizioni finanziarie talmente disperate da essere costrette a vendere *il proprio corpo*; non è vero che le madri surrogate entrino in crisi dopo *aver dato via il bambino*. Questi sono gli assunti solitamente presi per vero dalla ricerca ma smentiti dalla *realtà dei fatti*, conclude la studiosa.

Fissando qualche punto ormai appurato dalla produzione scientifica sul tema questo contributo avanzerà la seguente ipotesi: se possiamo *pensare* la maternità surrogata con la moderna disciplina dei contratti relazionali, allora è possibile anche riconoscerne, tutelarne e promuoverne la *bontà relazionale*. Il percorso è così strutturato. Nel paragrafo seguente, verrà presentato uno dei primi articolati dibattiti sulla *surrogacy* che è stato ospitato su una rivista scientifica statunitense dopo il primo caso 'ufficiale' di maternità surrogata avvenuto nel 1987 – il caso di *Baby M*. Le questioni sollevate dalle varie voci che hanno preso parte a quella discussione non hanno fornito delle 'risposte nette' sulla giustezza o meno della pratica in questione bensì dimostrano quanto sia complesso regolarla. Nel terzo paragrafo, grazie al confronto fra due corpose ricerche sulla *surrogacy* condotte in due contesti nazionali ben differenti, quello statunitense e quello indiano, si discuterà sulla contrapposizione tra *commercial surrogacy* e *voluntary surrogacy* sottolineando come la semplice 'applicazione' della categoria del dono non risolva affatto il problema. In entrambi casi, il *denaro* entra nella pratica della maternità surrogata; occorre, invece, guardare al *contratto* che viene concluso tra le parti coinvolte. Così, nel quarto paragrafo, si proverà ad 'applicare' la teoria di Teubner e di Eisenberg del contratto relazionale alla *surrogacy*.

### 1. La questione nasce nel 1987

*But have we resolved the question of surrogacy?*<sup>2</sup>, si domanda Clyde Haberman, giornalista del New York Times<sup>2</sup>, dopo quasi trent'anni dal caso del *Baby M*<sup>3</sup>, il primo caso 'pubblico' di *surrogacy* negli Stati Uniti. Infatti, la vicenda di *Baby M* ha dato l'avvio a un serrato dibattito che è rimasto irrisolto o, per meglio dire, col passare del tempo, ha amplificato la propria complessità. *Law, Medicine & Health Care* ha dedicato, nel 1988, un intero numero al tema della *surrogate motherhood* sollevando questioni che sono state riprese più volte, approfondite, scandagliate a fondo ma senza trovare risposte nette e, soprattutto, univoche. La maternità surrogata, scrive Andrews [1988, 72, traduzione nostra], "rappresenta una sfida enorme per il femminismo": essa è una conquista o una sconfitta per la donna? Davanti alla *surrogacy*, quel femminismo che la condanna cade in una forte contraddizione interna: le ragioni che adduce per mettere al bando quella pratica sono le stesse contro le quali il femminismo ha lottato in favore dell'aborto, della contraccezione, delle forme alternative di famiglia e dell'accesso della donna al mondo del lavoro. Alcune osservazioni, con le quali la studiosa mette in dubbio gli *apriori* assunti dal femminismo per cui la maternità surrogata sia da condannare, meritano, ancora oggi, attenzione. Se il femminismo assume la *surrogacy* come una compravendita di un essere umano, per Andrews, nel rapporto di *surrogacy*, non è un bambino a essere ceduto ma la potestà genitoriale della madre. Lo stesso accade quando è la donna a ricorrere all'inseminazione artificiale tramite donatore – pratica, nota Andrews, che "ha ricevuto un fortissimo supporto da parte del femminismo" [ivi, 73, traduzione nostra]. Quando, però, i donatori hanno cercato di recuperare e far valere i propri diritti legali di padri, allora, il femminismo si è appellato alle condizioni contrattuali concluse *pre-conception*. La studiosa ritiene che vi sia un paradosso nelle critiche che una parte del femminismo muove contro la tecnica della *surrogacy*: vedendo in questa uno strumento di asservimento delle donne al potere maschile e la loro riduzione

2. *Baby M and the Question of Surrogate Motherhood*, dall'edizione on-line del *New York Times*, 23 marzo 2014.

3. Dal nome della causa 'In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396' e dibattuta presso la Suprema Corte del New Jersey.

a semplice recipiente riproduttivo, c'è il rischio di ridurre *tutte* le donne alla loro unica funzione riproduttiva privandole della libertà. In altri termini, quell'istanza di libertà, di auto-determinazione consapevole e di gestione del proprio corpo non può non essere estesa anche alla *surrogacy* laddove essa è *vista dalla madre biologica come* "l'opportunità di far nascere un bambino che non esisterebbe se non fosse per il desiderio della coppia di generare un figlio come parte della loro relazione" [ivi, 74, traduzione nostra]. Probabilmente, ritengono Capron e Radin [1988], il merito principale della *surrogacy* è quello di mettere in discussione un principio *implicito* della società, quello del valore intrinseco delle persone che non è *monetizzabile* dal mercato. Da questa assunzione, però, deriva l'errata ed eccessiva semplificazione secondo cui 'monetizzazione' è riduzione in schiavitù della persona. Il contributo dei due studiosi è rivolto, soprattutto, a redimere la *surrogacy* gratuita – quella commerciale dev'essere proibita – per la quale urge che valgano le regole dell'adozione e il principio della *procreative liberty* (la madre biologica, se cambia idea, deve poter tenere il bambino) in quanto si tratta di "accordi presi volontariamente" [ivi, 40, traduzione nostra]. Se per Capron e Radin, dunque, la disciplina che *dovrebbe* regolamentare la *surrogacy* è la medesima dell'adozione, di altro avviso è Smith [1988] per il quale è soltanto la *contract law* a essere utile per regolare in modo giusto ed equo la pratica della *surrogacy*. Per Smith, il contratto è "la *memorizzazione* degli intenti delle parti coinvolte e dei loro modelli operativi di ragionevolezza" [ivi, 124, traduzione nostra] e quello di *surrogacy* dev'essere il più possibile flessibile perché solo così può perseguire e vedere realizzato il *best interest* del figlio ed essere guidato dalla razionalità anziché dall'emotività. Da una parte, Smith ritiene che la maternità surrogata possa essere regolata attraverso il contratto, dall'altra, implicitamente, a mio giudizio, ammette che la forma *classica* del contratto non è in grado di far fronte a una *relazione complessa* di *transazioni, o scambi*, tra contraenti o soggetti le cui identità sono del tutto rilevanti (e non irrilevanti come nei contratti classici) e, con parole di Macneil, *padre del contratto relazionale*, costituisce una sorta di "*minisocietà* con una vastissima serie di norme che vanno al di là delle norme incentrate nello scambio e nei suoi immediati processi" [1978, 901, traduzione nostra].

Questa breve lettura del primo articolato dibattito sulla pratica della *surrogacy* ospitato sulla rivista statunitense mostra come, fin da subito, la discussione sem-

bri irrisolvibile e, anzi, tanto più si cerchi di governare e ridurre la complessità quanto più essa aumenta. Se i vari studiosi che hanno preso parte al forum sono tutti d'accordo nel condannare la *commercial surrogacy* ma non quella gratuita, dall'altra, si dividono sul modello sul quale essa può essere *costruita*: o come una delle tecniche di riproduzione medicalmente assistita o come una forma di adozione. In un mondo utopico dove chiunque dispone della massima e piena libertà, in cui non ci sono strutture sociali e culturali di dominazione tra i sessi, come il patriarcato, o di sfruttamento, ed è possibile *credere* nello spirito gratuito e volontario del dono e del *contro-dono*, allora, la maternità surrogata, forse, può essere accettata come una buona pratica o come una forma umana di lavoro. L'ostacolo più grande, forse insormontabile, rimane il denaro, come esso *entra* e viene *concepito o marcato all'interno di questa pratica*. Nel paragrafo successivo, verranno presentate due grosse ricerche condotte da due studiose, Hélène Ragoné e Amrita Pande. Lontane nel tempo e nello spazio – Ragoné ci porta negli Stati Uniti dei primi anni Novanta e in un contesto di *voluntary surrogacy*, Pande ci porta nell'India del nuovo millennio e in un contesto di *commercial surrogacy* – le due ricercatrici sono molto vicine in quanto convergono su diversi punti: la *surrogacy* è un lavoro volontario e fortemente gratuito/simbolico e che permette alle madri surrogate di acquisire pari dignità come donne rivendicando il proprio ruolo di madre.

## 2. *Commercial Surrogacy vs. Voluntary Surrogacy?*

### 2.1 *Stati Uniti e India: dono vs. denaro?*

Pubblicato qualche anno dopo il caso di *Baby M, Surrogate Motherhood. Conception in the Heart* sembra essere un tentativo di risposta a tutte le domande e le perplessità che ne sono derivate – non a caso, tale lavoro viene indicato un po' come il capostipite del genere. L'oggetto principale della ricerca è la figura della madre surrogata e come essa *si rappresenta nel rapporto di surrogacy con i genitori intenzionali*. Ragoné la descrive come una donna che usa il suo lavoro (*work*) come ponte o legame tra la sfera domestica e quella pubblica: trasformando il lavoro riproduttivo in occupazione retribuita all'interno dello spazio pubblico,

questa attività permette alla donna di “modificare l’equilibrio del potere nella sua vita professionale fornendole l’occasione di entrare in un ruolo più pubblico e di avanzare richieste per impiegare il proprio tempo” [Ragoné 1994, 65, traduzione nostra]. Quasi tutte le donne studiate da Ragoné sono donne che si dedicano per intero alle rispettive famiglie. È l’amore per un figlio a spingere una donna a farsi madre surrogata per un’altra che, altrimenti, non potrebbe vivere quell’esperienza. Ragoné ci pone, però, davanti una condizione alquanto paradossale: la *surrogate mother* riesce ad acquisire quel riconoscimento come *donna* grazie al ruolo di *madre* che, portato avanti nella propria famiglia, al contrario, non glielo permetterebbe. “La *surrogacy* – afferma Ragoné – diventando una forma pubblicamente riconosciuta di maternità, conferisce alla madre surrogata poteri, status e valori – premi e ricompense che il suo ruolo privato di madre generalmente non le dà” [ivi, 73, traduzione nostra]. Chi meglio di una donna, che crede che la maternità, la famiglia e avere un figlio, siano valori incommensurabili, può prestare la sua competenza affinché un’altra coppia possa vivere la medesima esperienza? Le madri surrogate, perciò, devono essere premiate sia monetariamente sia con il riconoscimento sociale e con la pubblica approvazione – conclude Ragoné. Inoltre, riscontra la studiosa, esse hanno la consapevolezza che il bambino portato in grembo non è il loro: “la maternità sociale è, all’interno di questa cornice, ritenuta come formata dall’intenzionalità, dalla scelta e dalla cura e molto più importante della sola maternità biologica” [ivi, 110, traduzione nostra].

Ora veniamo alla seconda studiosa, Amrita Pande. Il libro *Wombs in Labor. Transnational commercial surrogacy in India* è un’opera veramente provocatoria in quanto dimostra, in modo brillante, come la *surrogacy* possa essere *tranquillamente* ritenuta come “un nuovo tipo di lavoro (*labor*) che emerge con la globalizzazione” [Pande 2014, 6, traduzione nostra] e, in quanto lavoro, è giusto che sia *ricompensato*. Quello della *surrogacy*, è un lavoro *gendered*, interamente corporeo e fortemente stigmatizzato; non lo si può liquidare come semplice rapporto di *dominio* tra due classi di donne – le donne ricche che hanno bisogno di “uteri in salute” [ivi, 5, traduzione nostra] e le donne povere che possiedono quella *parte sana*. Il fatto che scorra del denaro tra le madri sociali e le madri surrogate non è affatto da biasimare; al contrario, è un mezzo per le donne indiane di *riscattarsi* nei confronti della società patriarcale indiana. Seppur è una pratica che incontra

la disapprovazione quasi totale, essendo, però, riconosciuta come ‘lavoro’ e regolata da contratti, le donne, che si prestano per portare avanti una gravidanza per conto di un’altra donna, grazie a questa cornice entro la quale si muovono, possono “riprendere controllo sul loro ‘corpo riproduttivo’, costruire confini morali tra loro stesse e le prostitute o le venditrici di bambini, forgiare legami di consanguineità col feto, con le madri destinatarie e le altre madri surrogate” [ivi, 11, traduzione nostra]. Le madri surrogate, delineate dallo studio, si oppongono alla costruzione simbolica che le vuole vedere come ‘madri usa-e-getta’, e come *dirty workers*. Al contrario, esse *si costruiscono come madri morali* affermando “la loro dignità e di essere meritevoli di valore” [ivi, 168, traduzione nostra] e sentendosi legate alle madri destinatarie grazie a una sostanza condivisa e dal lavoro. Pande delinea uno scenario lontano dalla mercificazione della maternità e dei legami genetici.

Due anni dopo la pubblicazione del libro di Pande, nel 2016 l’India, con il *Surrogacy Regulation Bill*, ha messo al bando la *commercial surrogacy* e ha ristretto quella gratuita soltanto alle coppie indiane coniugate ed eterosessuali. L’ambivalenza tra gratuità e remunerazione è molto viva e forte.

## 2.2 Un dono (im)possibile? E un breve sguardo al Canada

Quell’atto o, come lo definisce Ragoné [2003], quell’esclusivo e unico contributo, che permette la creazione di una famiglia, può essere ridotto a una merce o deve rimanere un dono o dev’essere bandito? Laddove è possibile donare in modo impersonale (dono di gameti, di ovuli, di seme), Ragoné ritiene che l’anonimato del gesto contribuisca all’ulteriore frammentazione della riproduzione del corpo tipica del modello della mercificazione. Seppure a essere coinvolta è soltanto una parte del donatore, occorre che il donatore *nella sua interezza di persona* sia coinvolto nel e dal legame. È una sorta di riconoscenza di quanto dato che necessita di una precisa identificazione della sua persona nella doppia accezione di persona *umana* che ha potere di scelta, di azione e di provare sentimenti e di persona *giuridica* che ha diritti e doveri e il cui atto è socialmente rilevante [Théry 2010]. Nel caso specifico della maternità surrogata, vuol dire: una donna che, volendo

liberamente donare la propria capacità *procreativa* affinché un'altra donna, un uomo, una donna e un uomo, due uomini, possano *generare*, deve avere garantiti sia i diritti che non la riducano a semplice *utero* sia le responsabilità (rispettare i termini del contratto, non mettere a repentaglio la salute del feto, ecc.). Tanto le madri surrogate canadesi quanto quelle indiane, negli studi analizzati, ricevono una somma di *denaro*: le prime, a titolo di gratuità e di rimborso, le seconde, a titolo di compenso. È proprio la *marcatura del denaro e non l'uso in sé del denaro stesso a essere il fattore discriminante*. Lo sforzo che, per esempio, Pande ha riscontrato tra le donne indiane, che è lo stesso portato alla luce da altre ricerche simili, è quello di definire la dimensione dell'economico affinché sia coerente col significato della relazione. Non basta, però, applicare la categoria del *dono alla surrogacy per trasformarla in 'buona'*. Il dispositivo del dono non rende, come per automatismo, la maternità surrogata gratuita immune dallo sfruttamento del corpo della donna. La critica che Rakhi Ruparelia muove alla *Assisted Human Reproduction Act* promulgata dal Parlamento canadese nel 2007 con la quale viene esplicitamente proibita la *commercial surrogacy* parte da questo presupposto. Pur trattandosi di una delle leggi più corpose e articolate in materia di tecniche riproduttive, essa non regola la maternità surrogata puramente gratuita lasciandola, in tal modo, in un *vuoto legislativo* e alla *contrattualizzazione privata*. La normativa – critica Ruparelia – si fonda sull'immagine occidentale della donna capace di assumere liberamente e autonomamente le proprie decisioni all'interno di una famiglia. Ma “questo ideale, oltre a essere inesatto anche per il modello occidentale di famiglia, è particolarmente problematico per quelle culture in cui le norme patriarcali relegano le donne in posizioni vulnerabili e prive di potere all'interno della famiglia e della società” [Ruparelia 2007, 14, traduzione nostra]. Agli occhi di Ruparelia, il Canada ha perso una preziosa occasione per intervenire laddove, essendo la donna assoggettata all'uomo, occorre proteggerla e difenderla: in quelle situazioni, anche la *surrogacy* è uno strumento in più di prevaricazione e di dominio. La maternità surrogata fatta per gratuità e per spirito di dono, è la lezione che si può ricavare da Ruparelia, non può essere usata come vessillo da chi ‘vuole la *surrogacy* a tutti i costi’ sostenendo che, se avviene gratuitamente (come se i rimborsi non fossero ugualmente una *sporca questione di soldi*), allora è *sempre e ovunque frutto di una libera scelta della donna*. La prati-

ca della *surrogacy* dev'essere sempre *contestualizzata e, soprattutto, osservata come oggetto di diritto policontesturale*. La maternità surrogata non è mai, o sempre, uno strumento di dominazione dell'uomo sulla donna; la maternità surrogata non è sempre, o mai, un'occasione per la donna di affrancarsi dalla supremazia machista. La pratica della *surrogacy* dev'essere analizzata all'interno della *società più ampia* e, soprattutto, dopo aver portato il più possibile alla luce la struttura di potere e di *gender inequality*.

### 2.3 *Commercial surrogacy vs. Voluntary surrogacy: una falsa contrapposizione*

Riprendendo la domanda “*Commercial surrogacy vs. voluntary surrogacy?* Qual è la migliore?” bisogna ammettere che, in realtà, la questione, così posta, non ha alcun senso! Dal caso di *Baby M*, la tecnica della *surrogacy* ha fatto notevoli passi in avanti, non soltanto in campo scientifico, contribuendo, in tal modo, a “smantellare il *frame* della mercificazione e a cambiare come molti *vedono* queste soluzioni” [Scott 2009, 139, traduzione nostra]. Infatti, la *surrogacy* mette in *pericolo* non tanto la salute delle donne o del feto quanto la *credenza*, consolidata nel tempo, dell'indisponibilità e dell'inalienabilità del corpo umano e, quindi, la credenza naturalista della famiglia (della maternità, della paternità, dell'embrione) secondo cui la riproduzione è l'effetto *causato* da un rapporto sessuale tra un uomo e una donna che si amano e sono uniti in matrimonio. Una delle più corpose e meglio articolate *rassegne scientifiche* degli studi condotti sulle madri surrogate [Busby e Vun 2010] rileva come le preoccupazioni *femministe* sul fatto che la *surrogacy* sia sfruttamento della donna, mercificazione del suo corpo e di quello del bambino costituiscano una *falsa coscienza* che non trova riscontro nei fatti<sup>4</sup>. In pochissimi casi, il denaro è la ragione principale per cui le donne accordano di prestarsi alla *surrogacy* mentre “per tutte, la decisione di partecipare deriva dal desiderio di aiutare una coppia priva di figli” [ivi, 80, traduzione nostra]. L'universo femminile delle madri surrogate, complessivamente delineato dalle

---

4. Per esempio, un rapporto del 2005 del Comitato etico del Belgio rileva come, nel 1987, negli Stati Uniti, soltanto in sei casi di *surrogacy* su mille, la madre surrogata ha voluto tenere il bambino partorito.

ricerche, è composto da donne che intraprendono il percorso di *surrogacy* per iniziativa personale, che hanno una nitida e piena *coscienza* di quanto andranno a fare e a dare, che tessono relazioni profonde e positive con i genitori intenzionali in tutte le varie fasi del processo. I problemi sorgono – ed è il punto che, qui, occorre sottolineare – quando “le donne non hanno accesso alle informazioni prima di assumere la decisione di partecipare a un programma di *surrogacy* e quando esse non possono comportarsi come agenti attivi nella scelta dei genitori commissionari” [Busby e Vun 2010, 81, traduzione nostra]. Alla luce di queste evidenze empiriche, le due autrici propongono una serie di suggerimenti su ciò che qualunque normativa sulla *surrogacy* dovrebbe tener presente per renderla *umana e rispettosa*. Un regime legale di *surrogacy* deve assicurare alla donna che si presta a tale pratica il diritto di accedere a tutte le informazioni e di esercitare il proprio potere contro forti pressioni ad accettare o a essere controllata da altri durante la gravidanza. *In altri termini, se il contratto non è liberamente concluso o la donna non può esercitare piena e totale autonomia e libertà, esso non è valido*. Un regime legale di *surrogacy* deve assicurare che tutte le parti interessate non riversino in condizioni di vulnerabilità di ogni tipo (fisico, economico, emotivo). *In altri termini, se il contratto non è concluso da parti che sono in pieno possesso delle proprie capacità psichiche, fisiche, emotive e relazionali, esso non è valido*. Un regime legale di *surrogacy* deve consentire il fiorire di legami formali e informali tra la madre surrogata e i genitori intenzionali in quanto questi legami “sono la chiave del successo della *surrogacy*” [ivi, 87, traduzione nostra]. Le due parti principali devono essere supportate ricevendo *counselling* da tutti gli altri attori coinvolti su ogni singolo passaggio e le sue implicazioni. *In altri termini, il contratto deve favorire la riflessività dei singoli contraenti e quella reciprocità che va al di là della contrattualità, ossia sfocia nella non-contrattualità*. Un regime legale di *surrogacy* deve garantire alla madre surrogata, per un breve periodo di tempo successivo al parto, la possibilità di tenere o meno il neonato, indipendentemente se si tratta di una *surrogacy* volontaria o di una commerciale. *In altri termini, viene ribadita l'inviolabilità della libertà totale della donna e, così, anche l'incertezza dell'esito del contratto*.

Siccome le considerazioni di Busby e Vun sul modello normativo auspicabile di *surrogacy* si rifanno ai contesti nazionali della Gran Bretagna e degli Stati Uniti,

diventa più facile comprendere la loro speranza affinché, per assicurare la miglior protezione alle donne, siano le discipline di quei due Paesi a regolare i termini contrattuali della *surrogacy*. Il divieto totale o soltanto parziale della *surrogacy* non ne impedisce la pratica, più o meno clandestina; allora sì che sulla donna, sul bambino e sulla società nel suo insieme ricadono i gravi e pesanti danni di una pratica che instaura un regime di violenza, di potere e di dominio.

### 3. La maternità surrogata come contratto relazionale: una proposta

Gli studi condotti sulla *surrogacy* rilevano come *l'imperativo, affinché la pratica sia umana, è una reciproca condizione di indebitamento positivo (non negativo) tra la madre surrogata e i genitori intenzionali*. Da una parte, la madre surrogata non deve sentire l'obbligo di dare quanto il desiderio di donare il figlio; dall'altra, i genitori intenzionali devono riconoscerla nella sua interezza di persona e non di semplice 'surrogata'. E reciprocamente, ossia: i genitori intenzionali non devono esigere il figlio perché 'pagano' ma giungere a essere riconosciuti come i genitori. Paradossalmente, forse, il regime contrattuale della *surrogacy*, pur regolando le condizioni dettagliatamente, deve erigersi sull'*incondizionalità del dono*: *la consegna del bambino non può essere imposta o pretesa immediatamente*. Le madri surrogate – racconta la ricerca sul campo – *non si rappresentano come donne che danno via il figlio in cambio di altro (una retribuzione o un compenso) bensì come donne che donano ai genitori la possibilità di diventarlo*. In tal modo, quello che Théry definisce *don d'engendrement* si realizza attraverso un valore di legame (le relazioni ricercate e allacciate) e un valore di riconoscimento (reciproco della dignità di donna e di genitori). È in questo intreccio di socialità e di riconoscimento che si realizza il *lavoro della surrogacy*. Lavoro, non solo perché è definito così fin dai primi dibattiti o perché le stesse madri surrogate parlano di *work* o di *job* ma perché, di fatto, è un'attività finalizzata alla valorizzazione di una capacità o forza del *corpo* stesso. È lavoro *relazionale* – riprendendo la categoria di Viviana Zelizer – perché è una coerente produzione di legami, cioè è “uno sforzo creativo delle persone per stabilire, mantenere, negoziare, trasformare, terminare le relazioni interpersonali” [Zelizer 2012, 150, traduzione nostra]. Il legame tra la potenziale

madre surrogata e i genitori intenzionali prima dell'inseminazione, il legame tra la madre surrogata e l'agenzia, il legame tra l'agenzia, i genitori intenzionali e la madre surrogata, il legame tra la madre surrogata e i genitori, il legame tra la madre surrogata e il bambino partorito, etc<sup>5</sup>. È una complessa trama relazionale morfogenetica – non vi è una forma(lità) (*discreta*) pre-determinata a priori – e trasformativa – nel corso del tempo, i soggetti abbandonano vecchie identità per assumerne di nuove conformi alle singole fasi e, allo stesso tempo, certi rapporti cessano o altri insorgono. Se è lavoro, infine, è perché c'è una *remunerazione*, in altri termini, c'è *del* denaro. Non solo il *problema della remunerazione* “assimila i donatori di gameti a tutti gli altri lavoratori” [Flamigni 2015, 238] ma anche le donne che si prestano a diventare madri surrogate. Questo problema, però, fa parte della più generale – e complessa – contrattualità tra le parti. Ora, le soluzioni sono tre: una soluzione interamente *privata*, una interamente *pubblica*, una che non è un misto delle prime due nel senso che prende un po' dalla prima e un po' dalla seconda ma è *relazionale nel senso 'sociale'*. Purtroppo “sono proprio le aspre controversie sociali sugli inizi della vita, i dibattiti sull'aborto negli Stati Uniti tra gli anni Settanta e Ottanta, ad aver creato il vuoto normativo in cui prospera la sperimentazione liberista sulla riproduzione della vita” [Cooper e Waldby 2015, 93]. Infatti, indifferenza e *assenza* dello Stato hanno contribuito al *primato del contratto privato* e alla vera e propria mercificazione della donna e del bambino. Neppure se lo Stato intervenisse, per esempio, per imporne il bando – è la seconda soluzione – ciò potrebbe portare a una soluzione sicura e certa. Oltre ai dilemmi di natura etica che, come visto, si porrebbero (una limitazione indebita della libertà della donna e del suo corpo) “si diffonderebbero accordi privati non regolamentati, con compensi ‘in nero’” [Balzano 2017, 571] perché la pratica della *surrogacy* verrebbe, allora, ugualmente fatta in quell'oscuro sottobosco dei camuffamenti dove si dipana il confine tra il legale e l'illegale. Più grave è che la donna sarebbe ancor più esposta all'*alienazione*.

La terza soluzione – quella di più attori coinvolti (Stato, famiglie, agenzie, associazioni) e reciprocamente connessi. Ovviamente, questi soggetti possono essere presenti e operare all'interno dei due contesti appena visti ma è *diversa la*

---

5. Questa matrice sociale delle relazioni, poi, diventa ancora più densa con il ricorso eventuale alla figura della donatrice che, nella *surrogacy*, si intende colei che dà l'ovocito.

*relazione contrattuale che lega e, soprattutto, che fonda la pratica della surrogacy.* La proposta che, di seguito, viene abbozzata poggia su due punti: la teoria del contratto relazionale di Macneil ed Eisenberg e la teoria del diritto policontesturale di Teubner. Con la prima, verranno delineate alcune ragioni per le quali la maternità surrogata può essere *pensata* come un contratto relazionale e, con la seconda teoria, gli elementi che rendono la *surrogacy* un *fatto (di diritto) globale*.

### 3.1 La maternità surrogata come contratto relazionale

Prima domanda: perché il regime relazionale del contratto si confà alla maternità surrogata? Ora, per rispondere, bisogna rifarsi alla definizione fornita proprio da colui che ha *inventato il contratto relazionale* – sue testuali parole – cioè Ian R. Macneil [1985, 483]. Dobbiamo risalire agli anni Settanta dello scorso millennio, quando, accanto all’istituzione *classica* del mercato e dell’impresa, si è cominciato a porre una più *socio-economica*. Per Macneil, vi sono tre regimi contrattuali: quello classico, quello neoclassico e il *suo*, cioè quello relazionale. Il contratto classico, spiega Macneil [1978], è quello che regola una transizione discreta e concreta e si risolve nel momento puro e semplice dello scambio che riguarda merci monetizzate o denaro. Quando, invece, l’incertezza dell’esito della contrattazione aumenta e le transizioni si sviluppano in un arco temporale ben più lungo dell’attimo dell’incontro, allora, il contratto classico non è in grado di regolare la flessibilità richiesta e, dunque, si rende la stipulazione di un contratto neoclassico diventa necessaria. In realtà, “tutti gli scambi sono incastrati (*embedded*) nelle relazioni. Lo scambio discreto vuol dire, quindi, la *relativa* libertà delle relazioni oltre quelle create da un linguaggio comune, da un sistema normativo comune (compreso la proprietà e i diritti), da un sistema monetario e, per gli scambi discreti non conclusi simultaneamente, da un sistema legale che rafforza le promesse” [Macneil 1985, 483, nota 7, traduzione nostra]. Il contratto relazionale permette di *liberare la vasta trama di relazioni interconnesse ponendola come condizione di realizzazione dello scambio*. In questa discussione, il contributo di Eisenberg alla teoria di Macneil è alquanto utile. Così, Eisenberg risolve la questione della definizione del contratto relazionale ponendo una semplicissima

distinzione: “l’ovvia definizione di un contratto relazionale è un contratto che coinvolge non soltanto uno scambio ma anche una relazione tra le parti contraenti. Corrispondentemente, l’ovvia definizione di un contratto discreto è un contratto che richiede soltanto uno scambio, e non una relazione” [Eisenberg 1999, 816, traduzione nostra]. In questo modo, allora, il contratto relazionale “non può essere solo operazionalizzato ma esso riflette il significato comune e quotidiano del termine ‘relazionale’” [*Ibidem*, traduzione nostra]. Di conseguenza, per Eisenberg, diventa chiaro un punto fondamentale: “i contratti discreti sono pressoché inesistenti perché, virtualmente, tutti i contratti o creano o implicano relazionali. I contratti discreti – contratti che non sono relazionali – sono immaginari come lo sono gli unicorni” [*Ibidem*, traduzione nostra]. Perché, quindi, disquisire sui contratti relazionali se quelli discreti non esistono in quanto tutti i contratti sono contratti relazionali? In realtà, agli occhi di Eisenberg, la teoria dei contratti relazionali ha il merito non di costruire una categoria *nuova e originale di contratto* bensì di averci portato alla seguente conclusione: “non può esserci una speciale normativa di contratti relazionali perché il contratto relazionale e il contratto sono virtualmente uno solo e il medesimo” [ivi, 817, traduzione nostra]. Tanto i contratti classici, o discreti, quanto quelli relazionali “devono essere governati dagli stessi generali principi della legge contrattuale” [ivi, 821, traduzione nostra]. Se sorgono dei problemi, essi “derivano non dal fatto che i contratti in queste categorie sono relazionali ma da qualità più specifiche” [*Ibidem*, traduzione nostra]. Ossia dal fatto che quella relazionalità, che va oltre i termini contrattuali, non ha potuto realizzarsi pienamente e in modo positivo.

Applicata al nostro caso della *surrogacy*, la teoria del contratto relazionale – qui semplicemente riassunta nei suoi passi più importanti – permette di esplicitare chiaramente due punti fondamentali. Primo: gli accordi privati tra i soggetti rendono la ‘discrezionalità’ l’arma con cui spogliare la madre surrogata di ogni suo diritto e della sua identità di soggetto. Secondo: il contratto regolarmente stipulato tra la donna e i genitori intenzionali non vuol dire che il fatto della gravidanza e della nascita sia ridotto a puro e semplice scambio, a una transazione; al contrario, esso permette il fiorire delle relazioni attraverso le quali “le donne, insieme e da soli, rendono la surrogacy il frutto di un’*agency* personale, del donare, dell’eroismo e della nascita di una madre” [Teman 2010, 285, traduzione nostra].

Perché il regime relazionale del contratto si confà molto bene alla maternità surrogata?, riprendendo, così, la domanda precedentemente posta. In realtà, come visto, non c'è un regime relazionale ma un *pensiero relazionale* (*relational thinking*) [Macneil 1985] che occorre per 'ordinare' i vari contesti e attori delle transazioni e delle *transizioni*. La *soluzione privata* alla *surrogacy* non vuol dire 'commercial surrogacy'; la *soluzione pubblica* non vuol dire 'voluntary surrogacy'. Questo punto può essere ben spiegato dalla contrapposizione che Elly Teman fa tra il modello liberale di mercato della California e quello statale del Regno Unito. Nel primo, sono le agenzie private che si occupano di ogni fase e di ogni passaggio della pratica della *surrogacy* e "senza alcuna interferenza dello Stato" [Teman 2010, 11, traduzione nostra]. Il mercato non è precluso a nessun individuo in base all'età, al sesso, all'etnia, all'identità sessuale, allo stato civile o alla presenza o meno di infertilità e regola anche la *surrogacy* volontaria all'interno di nuclei familiari. Con l'affermazione sociale e culturale – e globale – del *gay marriage*, poi, molte agenzie si sono specializzate nella fascia di mercato delle *rainbow families*. *Nonostante il regime privato ossia di mercato praticato in California, la surrogacy può, ugualmente, rivelarsi una buona pratica*. Nel Regno Unito, lo Stato interviene – anche in California c'è l'intervento dello Stato ma nel senso che c'è un riconoscimento e un regolamento normativo e pubblico della pratica – per impedire che la *surrogacy* possa diventare un'attività commerciale impedendo alle agenzie private di trarre profitto dagli accordi tra le parti – la donna e i genitori intenzionali. La disciplina inglese proibisce il pagamento di somme di denaro alle madri surrogate le quali, invece, "ricevono delle remunerazioni chiamate 'compensazioni'" [*Ibidem*, traduzione nostra]. Per rafforzare il principio dell'inalienabilità del corpo umano, la madre surrogata, al momento del parto, viene legalmente identificata come 'madre del figlio', il cui nome compare sul certificato di nascita finché il tribunale non trasferisce ai genitori intenzionali il diritto di custodia. In California, invece, i genitori intenzionali figurano, fin da subito, come *i genitori* sul certificato di nascita. *Pur trattandosi di principi che animano due diverse normative nazionali e che nella 'forma' autorizzano pratiche differenti, nella pratica i risultati sono i medesimi e ciò dipende – a mio avviso – dal tessuto relazionale che si viene a porre.*

Gli esempi nazionali appena accennati assieme alle considerazioni iniziali sulla proposta di ordinare tutte le riflessioni condotte da più parti e da più voci sulla *surrogacy* all'interno dell'epistemologia del contratto relazionale si fondano proprio sulla seguente ipotesi: occorre risolvere e combattere la maternità surrogata laddove è fatto '*privato*', *segreto* e *puramente inter-soggettivo*, realizzata nelle zone d'ombra, negli interstizi dell'ambiguità e della discrezionalità, terreno fertile e adatto al dominio e alla facile predazione. Al contrario, l'*istituzionalizzazione* della *surrogacy* attraverso il diritto e il riconoscimento di ruoli, attori, identità e, soprattutto, di legami, può porre tale pratica all'interno della sfera più alta, quella dell'umano e del simbolico.

### 3.2 La maternità surrogata come fatto di diritto globale (e per concludere)

La seconda questione: la pratica della *surrogacy* è un fenomeno globale e policontesturale. Ritorno al caso dei due papà la cui genitorialità è stata riconosciuta dal Tribunale di Trento. La maternità surrogata, in Italia, è vietata; l'istituzione della *step-child adoption* per i nuclei familiari omogenitoriali non è prevista dall'ordinamento giuridico; *volenti o nolenti*, quella è una famiglia *a tutti gli effetti*. Ora, è una famiglia 'illegale'? Da una parte, la *surrogacy* è giudicata illegale in Italia ma non dove è stata portata avanti, in California; dall'altra parte, la sentenza del Tribunale riconosce, ai due uomini, *un diritto alla propria famiglia in quanto non confliggente né con l'ordine pubblico, né col benessere dei due figli né con le leggi italiane e né con quelle californiane*. Ecco che, allora, il *discorso giuridico*<sup>6</sup> sulla *surrogacy* non può essere risolto attraverso la semplice chiusura dei confini 'nazionali' dalla sola distinzione legale/illegale perché esso non può non *chiamare in causa* la *globalità del diritto (e di taluni principi)*. La maternità surrogata è un fenomeno globale ma non è altrettanto globale la sua legalità – o illegalità. La distinzione binaria legale/illegale diventa, dunque, ambigua e, soprattutto, diventa una differenziazione il cui *crossing* diventa di difficile 'gestione'. Il contratto di *surrogacy*, illegale in Italia ma legale in California, viene implicitamente ammesso

---

6. Riprendo alcune utilissime riflessioni di Teubner [1999].

nel momento in cui i due genitori intenzionali hanno avanzato la pretesa di essere riconosciuti come i genitori legittimi invocando quello che può essere definito il *right to care* [Pratesi 2012]. Il contratto, così, acquista una sorta di validità transnazionale e non più riconducibile a una realtà nazionale specifica.

Il contratto di *surrogacy*, al pari di tutti ogni altro atto contrattuale, può essere scisso in tre operazioni sistemiche [Teubner 2001]. Vi è una *transazione economica* tra i genitori intenzionali e la madre surrogata – che può essere a titolo gratuito o meno –; un *atto produttivo* che è quello riproduttivo [Cooper e Waldby 2015]; un *atto giuridico* che modifica lo stato giuridico delle parti coinvolte (per esempio, la potestà genitoriale che viene tolta alla madre surrogata per essere data ai genitori intenzionali). Tre atti che, però, costituiscono un solo contratto. Chiedersi, quindi, dove sta l'unità del contratto non è una domanda banale. Basta il pagamento del compenso o del rimborso perché la madre surrogata sia obbligata a dare il figlio? Basta il trasferimento della custodia del figlio per cancellare completamente la donna che l'ha partorito? Queste e altre domande che possono essere poste stanno a indicare che il contratto di *surrogacy* non può essere ricondotto a nessuna di quelle tre prospettive. Oltre a queste tre specifiche e differenti atti vi è anche la quarta, quella, forse, più importante: lo scambio di *mondo vitale*, la relazionalità, la costruzione di legami intimi, empatici e personali, non mediati dall'agenzia di *surrogacy*, dai medici o dagli altri operati sanitari coinvolti.

Pensiamo, brevemente, alla maternità surrogata che coinvolge una coppia gay: essa comporta una densissima rete di accordi, di contatti, di decisioni, di scelte [Berbotto 2011]. Solitamente, i futuri padri si servono di un'agenzia, con la quale sottoscrivono un accordo iniziale; l'agenzia si impegna a seguire e a supportare i genitori intenzionali in tutte le future fasi, fornendo, di volta in volta il prospetto delle spese da sostenere. L'ovocito può provenire da una donatrice conosciuta e legata alla coppia (una parente, un'amica) oppure da una donatrice della banca dati dell'agenzia o di un'altra; spesso può esserci un ulteriore accordo relativo alla ricerca della donatrice di ovocito. In forza di tale contratto, i padri dovranno ricorrere a certi servizi – uno psicologo per valutare l'idoneità della donatrice, un genetista per valutare la salute fisica della donatrice, l'équipe medica per realizzare la fecondazione. Una volta individuate le figure della donatrice e della madre surrogata, il futuro padre biologico concluderà un contratto legale con ognuna delle

due donne coinvolte. Il contratto di *surrogacy* è un successivo accordo che vede il coinvolgimento della madre surrogata stessa e dell'eventuale marito o compagno, del padre biologico e del padre sociale. La madre surrogata si assume l'impegno – assieme al partner eventuale – di portare avanti la gravidanza, nel rispetto di puntigliose norme poste a tutela della propria salute e di quella del feto, fino alla sua conclusione ben sapendo che il figlio verrà riconosciuto solo e soltanto dal padre biologico. In ragione di ciò, quindi, la madre surrogata accetta consapevolmente che non potrà riconoscere il figlio appena nato, che dovrà rinunciare a ogni diritto di potestà genitoriale promettendo di collaborare “col padre biologico in tutte le questioni necessarie perché quest'ultimo possa essere riconosciuto come padre naturale del figlio ed unico titolare della potestà genitoriale” [ivi, 314]. Il contratto tutela l'integrità fisica della madre surrogata nel senso che vi sono limiti al numero di feti che la donna potrà portare in grembo la cui riduzione dipende esclusivamente dal futuro padre e dalla salute della donna. Il padre biologico, col contratto, si assume anche il rischio per possibili malformazioni del figlio.

Davanti a questa complessità di condizioni e di tentativi di prevedere l'esito riducendo il più possibile i fattori di incertezza e di rischio, l'unità del contratto è nella *finalità ultima, la genitorialità*. Questo scopo è latente nel pensiero delle madri surrogate laddove si sentono di dare il dono di poter diventare genitori a chi, altrimenti, non potrebbe; è latente nel cammino verso la decisione della coppia; è latente nel partner della madre surrogata. È latente anche in quegli attori e in quelle sfere che non compaiono nel contratto come parti ma che vengono coinvolti, i parenti e i *tribunali ai quali ricorrere per vedere riconosciuto il legame di filiazione* [Lorenzetti 2015]. Il ruolo del tribunale è particolarmente rilevante laddove la coppia, eterosessuale o meno, deve farvi ricorso in quanto, vigendo, nel proprio Paese di provenienza, il divieto della *surrogacy*, ha bisogno che venga riconosciuto il legame di filiazione.

Per concludere, vi è un punto importante su cui soffermarsi. Non vi è alcun dubbio che il contratto di *surrogacy* rientri nel diritto privato. *Però, è un diritto privato che pone un nuovo problema, quello della 'costituzionalizzazione' del regime privato di surrogacy*<sup>7</sup>. Nonostante, in alcune realtà nazionali, la maternità surrogata sia messa al bando, essa può essere ugualmente portata avanti in altri contesti

---

7. Sulla scia di Teubner [1999] e di Prandini [2005].

ove è prevista e regolamentata. Bene inteso, ciò non vuol dire che vi sia un diritto alla *surrogacy* come diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistite [Straehle 2016]. Giustamente, come nota Straehle, non è possibile istituire alcun diritto *di* surrogacy ma è possibile istituire il diritto *alla* surrogacy. Il diritto *di* surrogacy è impraticabile perché esso richiederebbe, per chi se ne avvalga, la certezza di poterlo esercitare, ossia la disponibilità sicura di donne a farsi portatrici. Al contrario, il diritto *alla* surrogacy è possibile in quanto diritto contrattuale: come diritto a concludere un contratto di *surrogacy*. Come si può, dunque, risolvere il problema della costituzionalizzazione che la maternità surrogata – nella sua duplicità di contrattualità e di privatizzazione – pone? Come garantire la tutela di diritti fondamentali quali l'integrità del corpo della donna, la difesa dell'infanzia e la protezione delle libertà assieme al diritto all'auto-determinazione quando vi sono istanze di diritto e atti contrattuali che superano e scavalcano gli Stati con i loro divieti e con i loro principi? La maternità surrogata può essere globalmente messa al bando in nome di diritti fondamentali; in nome di diritti fondamentali, la maternità surrogata non può essere globalmente messa al bando.

*Entrambe le affermazioni sono giuste.*

*Riferimenti bibliografici*

ANDREWS, L.B.

1988, *Surrogate Motherhood: The Challenge for Feminists*, Law, Medicine & Health Care, 16, 1-2, pp. 72-80.

BALZANO, A.

2017, *Gestazione per altri e mercato della riproduzione*, Il Mulino, 4, 564-572.

BERBOTTO, A.

2011, *Babbo e papà: come le coppie di uomini gay diventano padri in Italia*, in A. Schuster (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Mimesis, Milano-Udine, pp. 309-321.

BUSBY, K., VUN, D.

2010, *Revisiting The Handmaid's Tale: Feminist Theory meets Empirical Research on Surrogate Mothers*, Canadian Journal of Family Law, 26, pp. 13-93.

CAPRON, A.M., RADIN, M.J.

1988, *Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood*, Law, Medicine & Health Care, 16, 1-2, pp. 34-43.

COOPER, M., WALDBY, C.

2015, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, DeriveApprodi, Roma.

EISENBERG, M.A.

1999, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, Northwestern University Law Review, 94, 3, pp. 805-822.

FLAMIGNI, C.

2015, *Postfazione. Produrre la riproduzione*, in M. Cooper e C. Waldby, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, DeriveApprodi, Roma, pp. 237-249.

LORENZETTI, A.

2015, *Coppie same-sex e fecondazione assistita: la progressiva decostruzione del paradigma familiare*, in M. Azzalini (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Aracne, Ariccia [RM], pp. 103-129.

MACNEIL, I.R.

1978, *Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, *Northwestern University Law Review*, 72, 6, pp. 854-905.

1985, *Relational Contract: What We do and do not Know*, *Wisconsin Law Review*, 72, 6, pp. 483-525.

PANDE, A.

2014, *Wombs in Labor. Transnational Commercial Surrogacy in India*, Columbia University Press, New York.

PRATESI, A.

2012, *A Respectable Scandal: Same-Sex Parenthood, Emotional Dynamics, and Social Change*, *Journal of GLBT Family Studies*, 8, 4, pp. 305-333.

PRANDINI, R.

2005, *La 'costituzione' del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, pp. 191-225.

RAGONÉ, H.

1994, *Surrogate Motherhood. Conception in the Heart*, Westview Press, Boudler-San Francisco-Oxford.

2003, *The Gift of Life: Surrogate Motherhood, Gamete Donation and Constructions of Altruism*, L. Layne (a cura di), *Transformative Motherhood: On Giving and Getting in a Consumer Culture*, New York University Press, New York, pp. 209-226.

RUPARELIA, R.

2007, *Giving Away the 'Gift of Life': Surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act*, Canadian Journal of Family Law, 23, pp. 11-54.

SCOTT, E.S.

2009, *Surrogacy and the Politics of Commodification*, Law and Contemporary Problems, 72, pp. 109-146.

SMITH, G.P. II

1988, *The Case of Baby M: Love's Labor Lost*, Law, Medicine & Health Care, 16, pp. 121-125.

STRAEHLE, C.

2016, *Is There a Right to Surrogacy?*, Journal of Applied Philosophy, 33, 2, pp. 146-159.

TEMAN, E.

2008, *The Social Construction of Surrogacy Research: An Anthropological Critique of the Psychosocial Scholarship on Surrogate Motherhood*, Social Science & Medicine, 67, pp. 1104-1112.

2010, *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*, University of California Press, Berkley.

TEUBNER, G.

1999, *La 'Bukowina globale': il pluralismo giuridico nella società mondiale*, Sociologia e politiche sociali, 2, 2, pp. 49-80.

2001, *Nel punto cieco dei sistemi: l'ibridazione del contratto*, in Sociologia e politiche sociali, 4, 1, pp. 60-73.

THÉRY, I.

2010, *Des humaines comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociale, Paris.

ZELIZER, V.A.

2012, *How I Became a Relational Economic Sociologist and What does That Mean?*, Politics & Society, 40, 2, pp. 145-174.