



ALMA MATER STUDIORUM  
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

## ARCHIVIO ISTITUZIONALE DELLA RICERCA

### Alma Mater Studiorum Università di Bologna Archivio istituzionale della ricerca

L'illegittimità della surrogazione di maternità come reato universale: alcune riflessioni Queer | The Illegitimacy of Surrogacy as a Universal Crime: Some Queer Reflections

This is the final peer-reviewed author's accepted manuscript (postprint) of the following publication:

*Published Version:*

Guizzardi, L. (2024). L'illegittimità della surrogazione di maternità come reato universale: alcune riflessioni Queer | The Illegitimacy of Surrogacy as a Universal Crime: Some Queer Reflections. *POLITICA DEL DIRITTO*, 55(1), 125-150 [10.1437/113566].

*Availability:*

This version is available at: <https://hdl.handle.net/11585/967526> since: 2024-10-28

*Published:*

DOI: <http://doi.org/10.1437/113566>

*Terms of use:*

Some rights reserved. The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

This item was downloaded from IRIS Università di Bologna (<https://cris.unibo.it/>).  
When citing, please refer to the published version.

(Article begins on next page)

# L'ILLEGITTIMITÀ DELLA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ COME REATO UNIVERSALE: ALCUNE RIFLESSIONI QUEER

**The illegitimacy of surrogacy as a universal crime: some Queer reflections.** The aim of the article is to analyze the pursuit of Italian Parliament to rule the surrogacy as universal crime with the lens of Queer Legal Theory. In particular, the author develops the discussion taking into consideration Queer Legal Theory as Derridian deconstruction. Since deconstruction is not ethical-political-judicial destruction, how surrogacy could be re-constructed as ethical? The paper suggests that the law that makes surrogacy as universal crime, first of all, hinders the pursuit of minor's best interest.

**Keywords:** Surrogacy, Best Interest of the Child, Queer Legal Theory, Jacques Derrida, Paradoxes.

## 1. *Ma i nostri figli saranno 'corpo del reato'?*

«La legge penale non è mai retroattiva e dunque, da un punto di vista pratico, questa norma, se entrerà in vigore, non ci coinvolgerà direttamente. Ma lo farà indirettamente, e mi spaventa cosa comporterà per Luca e Alice crescere in una società in cui una parte della classe politica li considera una sorta di "corpo del reato", come da gravissime affermazioni della ministra Roccella di qualche settimana fa», sono le parole di Michele Giarratano, papà, assieme a suo marito Sergio Lo Giudice, di Luca, nove anni, e di Lucia, sette anni, con cui dà voce alla sua angoscia in merito a ciò che accadrà non tanto ai loro figli quanto a quelli che nasceranno in caso di approvazione della legge che vorrebbe rendere la gestazione per altri un reato universale. Giarratano, in quanto avvocato attivista e papà che ha fatto ricorso a questa tecnica di procreazione medicalmente assistita (TPMA), fu intervistato dal settimanale *Vanity Fair* qualche giorno prima della votazione che, poi, ha portato all'approvazione, il 26 luglio scorso con 166 voti favorevoli e 109 contrari, della proposta di legge avanzata da *Fratelli d'Italia*. Con questa nuova norma si è modificato il comma 6 dell'articolo 12 della legge del 19 febbraio 2004, n. 40., ossia la disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita. Ora, a differenza della sua formulazione precedente, tale comma, che penalizza la commercializzazione, sotto qualsiasi forma, di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità (la legge si riferisce solo a questa surrogazione, non anche della capacità di gestazione), prevede che le pene stabilite vengano applicate anche se il fatto, ossia la surrogazione di maternità, sia commesso all'estero. Il tentativo perseguito dal Parlamento di rendere reato universale questa TPMA è, come proverò a sostenere, decisamente paradossale in quanto causa ulteriore afflizione verso la categoria che, secondo l'intento originario del legislatore, la norma dovrebbe tutelare e proteggere ulteriormente il figlio. Ciò su cui mi soffermerò a riflettere non riguarda l'impossibilità di eliminare o di mettere al bando questa pratica ormai globalizzata ma l'illegittimità della pretesa di regolarla come reato universale. Anzi, e, forse, suscitando le ire di molti: la pretesa di renderla reato universale è, a mio parere, un atto di profonda ingiustizia.

Il contributo è strutturato nel seguente modo. Nel prossimo paragrafo, delinearò la cornice teorica, entro cui mi muovo, che non è tanto quella della teoria *Queer*<sup>1</sup> tout court quanto della *Queer Legal Theory (QLT)*. Assumendo che il *Queer*, fin dalle sue origini, è *decostruzione*, sarà questo termine (o

---

<sup>1</sup> Se scelgo di parlare di *Queer* anziché di *queer* è perché condivido appieno la lettura storica che Francisco Valdes fa della distinzione *Queer/queer*. Se *queer*, tradizionalmente, denigra(va) le persone omosessuali in generale e, in modo particolare, gli uomini bianchi gay, *Queer*, ora, indica, in modo *positivo* (nell'accezione che verrà illustrata nel terzo paragrafo) tutte le sessualità minoritarie in costante definizione e superamento. *Queer* ci ricorda, dunque, un passato (quello dell'uso *queer*) doloroso, discriminatorio e che non dovrebbe più ripetersi (F. Valdes, *Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of 'Sex', 'Gender', and 'Sexual Orientation' in Euro-American Law and Society*, in *California Law Review*, 83, 1, 1995, p. 347).

azione) a costituire la chiave di lettura della *surrogacy* come possibile TPMA legittima e giusta. Il terzo paragrafo proverà ad applicare tale approccio de-costruttivo alla *prima sentenza* in merito a una pratica di surrogazione di maternità con l'intento di portare alla luce la valenza profondamente *Queer* insita nella decisione di quella corte. Similmente, il quarto paragrafo prenderà in considerazione alcune pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) in merito ai ricorsi presentati da coppie che, per poter diventare genitori, hanno fatto ricorso a surrogazioni di maternità realizzate all'estero. Infine, il quinto paragrafo presenterà una proposta per regolare la *surrogacy* a livello transnazionale.

## 2. *Queer Legal Theory*: una definizione (derridiana)

In un recente articolo dedicato all'analisi giuridica *Queer* (uno dei pochi nel panorama scientifico italiano), e ospitato su questa rivista, Maria Rosaria Marella sintetizza, in modo magistrale, la nascita e lo sviluppo della teoria *Queer* nel fatto che *Queer* vuol dire *post-identity politics*<sup>2</sup>. Per la giurista, adottare una prospettiva *Queer* del diritto vuol dire «produrre ancora e ancora una critica anti-identitaria, oggi tanto più necessaria quanto più marcata si prospetta l'istituzionalizzazione delle identità, la loro progressiva inclusione nel sistema giuridico» attraverso la «forza sovversiva della sessualità dissidente»<sup>3</sup>. La sessualità dissidente è la sessualità *altra*, nel senso di identità, pratiche, orientamenti, legami e corpi che sono *altro* rispetto a quella *straight* (cioè non-*Queer*), a quella normata e regolata. Se di 'essenza' del *Queer* è lecito parlare, allora essa è quella di essere un *significato fluttuante*<sup>4</sup> che rimanda all'instabilità quale cifra distintiva del *Queer* rendendo ontologicamente instabile – cioè de-stabilizza – non solo i sostantivi, come ritiene Bernini rimanendo all'interno di quell'idealismo testuale in cui il *Queer* è nato<sup>5</sup>, ma anche le identità e le distinzioni. Il *Queer* è «tutto ciò che è e dovrebbe rimanere non chiaro, fluido e multiplo»<sup>6</sup>. Ecco perché il *Queer* è *decostruzione*: «mantenere il queer costantemente non chiaro, instabile, e 'inadatto' a rappresentare qualunque identità sessuale specifica è la chiave per mantenere la posizione queer non normativa»<sup>7</sup>. Il *Queer* è *decostruzione* nella sua «resistenza alla definizione [...] alla categorizzazione di sé stesso e dei suoi soggetti»<sup>8</sup>. La *queerness* rimanda a una politica che «mette in dubbio e decostruisce le logiche identitarie [...]». *Queer* è una politica che prende le distanze dal 'normale' o dominante, ma il pensiero queer è scettico nei confronti di tutte le categorizzazioni identitarie, anche quelle LGBT, e vede la lotta per i diritti come limitata»<sup>9</sup>. Tornando al brillante saggio di Marella, vi è una espressione con la quale la studiosa sintetizza il *Queer*: «in principio fu la differenza»<sup>10</sup>. In principio, dunque, fu la

<sup>2</sup> M.R. Marella, *Queer Eye for Straight Guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in *Politica del diritto*, 3, 2017, pp. 383-414.

<sup>3</sup> Ivi, p. 393.

<sup>4</sup> L. Bernini, *Le teorie queer. Un'introduzione*, Milano, Mimesis, 2017.

<sup>5</sup> S. Seidman, *Identity and Politics in 'Postmodern' Gay Culture: Some Historical and Conceptual Notes*. In M. Warner (a cura di), *Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Social Theory*, Minneapolis, University of Minnesota Press, pp. 105-142.

<sup>6</sup> K. Browne, C.J. Nash, *Queer Methods and Methodologies: An Introduction*. In K. Browne, C.J. Nash (a cura di), *Queer Methods and Methodologies. Intersecting Queer Theories and Social Science Research*, New York, Routledge, pp. 1-23, p. 7.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> R. Leckey, K. Brooks, *Introduction*. In R. Leckey, K. Brooks (a cura di), *Queer Theory: Law, Culture, Empire*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2010. Quale decostruzione, quella derridiana o quella luhmanniana intesa, cioè, come osservazione di secondo grado? Anche se, in queste pagine, si assume la decostruzione derridiana, ciò non avviene ciecamente, cioè ignorando alcuni limiti (che, nel corso delle pagine, definisco paradossi). Per un confronto, tra le due decostruzioni rimando a L. Guizzardi, *Queer Luhmann! Alcune riflessioni luhmanniane sul queer (o alcune riflessioni queer su Luhmann)*, in *Quaderni di Teoria sociale*, 2, 2023, pp. 102-135.

<sup>9</sup> S. Lambie, *Queer Theory and Social-Legal Studies*. In M. Valverde, K.M. Clarke, E. Darian Smith, P. Kotiswaran (a cura di), *The Routledge Handbook of Law and Society*, Abingdon, Routledge, 2021.

<sup>10</sup> Marella, *Queer Eye*, cit., p. 389.

*différance*. Questa riformulazione derridiana è, certamente, ben accetta non solo da chi sottoscrive la massima di William Turner secondo cui «il poststrutturalismo è queer»<sup>11</sup> ma anche da chi assume che il *Queer* sia derridiano (e Jacques Derrida *Queer*)<sup>12</sup>. Ora, non posso affrontare, qui, questa ipotesi del tutto fondata dell'origine derridiana del *Queer*; ciò su cui, invece, mi preme soffermarmi è il nesso inscindibile tra la teoria della decostruzione derridiana e la *QLT*. Non voglio ripercorrere la storia dei *Critical Legal Studies (CLS)* ai quali la *QLT* appartiene<sup>13</sup>, sarebbe un esercizio troppo lungo e didascalico. Al contrario voglio sottolineare solo due punti utili alla discussione intavolata in queste pagine. Senza troppa meraviglia, Derrida alla fine degli anni Ottanta, in una *lecture* presso la Cardozo Law School, constata come i *CLS* siano i «programmi più radicali di una decostruzione che [...] vorrebbe non restare rinchiusa in discorsi puramente speculativi, teorici e accademici ma [...] cambiare alcune cose e intervenire in modo efficace e responsabile [...] anche in ciò che chiamiamo la città, la *polis* e più in generale il mondo»<sup>14</sup>. Per Derrida, ed è il secondo punto, se da una parte la giustizia – «*se esiste qualcosa di simile*»<sup>15</sup> – non è decostruibile, dall'altra parte, però *la decostruzione è giustizia*<sup>16</sup> perché decostruisce il diritto che è costruibile così come decostruibile, ossia consente di scoprire se gli elementi del diritto (oggetti e soggetti) possano essere ri-combinati in un modo differente, *più giusto* ma che non vuol dire *più vero, ossia finalizzato alla ricerca della 'verità'*<sup>17</sup>. Il diritto è, dunque, «la possibilità dell'esercizio della decostruzione»<sup>18</sup>. C'è un passo in Derrida che, a mio avviso, è fondamentale per comprendere il senso:

decostruendo le divisioni che istituiscono il soggetto umano [...] riguarda al giusto e all'ingiusto, non si perviene necessariamente all'ingiustizia, né alla cancellazione di una opposizione fra il giusto e l'ingiusto ma, forse, in nome di una esigenza più insanabile di giustizia, alla reinterpretazione di tutto l'apparato di limiti nei quali una storia e una cultura hanno confinato i loro criteri<sup>19</sup>.

La decostruzione del diritto non è l'apertura, come dice Derrida, al nichilismo nei confronti della questione etico-politico-giuridica della giustizia; non è, in altri termini, la negazione di un qualche *ordine etico-politico-giuridico*. La decostruzione (ci) richiama a un forte senso di responsabilità senza limiti articolato in due movimenti<sup>20</sup>. Il primo senso di responsabilità è verso la *memoria* ossia «il compito di ricordare la storia, l'origine e il senso, quindi i limiti dei concetti di giustizia, di legge e di diritto, dei valori, norme e prescrizioni che vi si sono imposte e sedimentate, restando da quel momento più o meno leggibili o presupposte». Questo primo senso di responsabilità, dunque, è diretto verso quella che possiamo chiamare la *semantica* sociale del giuridico ossia come la società ha prodotto e produce oggetti sociali che rientrano sotto la sfera del giuridico. Oggetti che non solo i testi (per rimanere fedeli al testualismo derridiano) ma anche soggetti (identità e ruoli). Il secondo senso di responsabilità è verso il concetto stesso di responsabilità che regola la giustizia e la giustezza della nostra condotta, del nostro agire e delle nostre decisioni:

questo concetto di responsabilità è inseparabile da tutta una griglia di concetti connessi (proprietà, intenzionalità, volontà, libertà, coscienza, autocoscienza, soggetto, io, persona, comunità, decisione ecc.). Ogni decostruzione di questa rete di

---

<sup>11</sup> W. Turner, *A Genealogy of Queer Theory*, Philadelphia, Temple University Press, 2000, p. 22.

<sup>12</sup> Rimando ai saggi raccolti in C. Hite (a cura di) *Derrida and queer theory*, Punctum books, 2017, che offrono una decostruzione della lettura di Jacques Derrida a margine de *Droit de regards*, come testo di fondazione del *Queer* (in M.-F. Plissart, *Droit de regards*, Paris, Éditions de Minuit, 1985, pp. I-XXXVI).

<sup>13</sup> La corrente dei *CLS*, fin da subito, ha rappresentato la maggior sfida per il *mainstream* contemporaneo della filosofia occidentale del diritto da quando il Realismo legale l'ha ampiamente caratterizzata. Rimando a J.S. Russel, *The Critical Legal Studies challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy*, in *Ottawa Law Review*, 18, 1, 1986, pp. 1-24.

<sup>14</sup> J. Derrida, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 56.

<sup>15</sup> Ivi, p. 64.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> B. Mathews, *Why Deconstruction is Beneficial*, in *Flinders Journal of Law Reform*, 4, 1, 2000, pp. 105-126.

<sup>18</sup> Derrida, *Forza di legge*, cit., p. 65.

<sup>19</sup> Ivi, p. 70.

<sup>20</sup> Ivi, pp. 70-73.

concetti nel loro stato dato o dominante può somigliare a una deresponsabilizzazione nel momento stesso in cui, invece, la decostruzione richiama a un sovrappiù di responsabilità<sup>21</sup>.

Se Derrida limita il primo senso di responsabilità sostanzialmente al testualismo giuridico e normativo, il secondo è allargato a tutto ciò che, pur non essendo di natura giuridica, concorre nella decisione che viene presa dal soggetto<sup>22</sup>. Chi decostruisce il diritto ha la responsabilità sia nei confronti dell'apparato giuridico, cioè i testi normativi per così dire sedimentati nella memoria della società, sia nei confronti di sé stesso, della propria coscienza e nei confronti dei soggetti che sono coinvolti (la loro storia, la loro coscienza indicibile, etc.). Di fronte a questo sovrappiù di responsabilità o a questa *responsabilità infinita*<sup>23</sup> ogni decisione che il diritto potrebbe prendere è impossibile. Tre, infatti, sono le aporie delineate da Derrida in merito a questa impossibilità del diritto di decidere, di *esercitarsi in nome della giustizia*<sup>24</sup>. La prima aporia. Ogni atto, perché sia giudicato come giusto o ingiusto, come esercizio della giustizia o la sua violazione, dev'essere il frutto di una decisione presa in totale libertà. Se, in quella decisione, il soggetto non era libero, allora tale decisione non può essere giudicata né giusta né ingiusta. Ma la stessa libertà è regolata, normata, cioè deve seguire una prescrizione. Quindi, la decisione, anche se presa in autonomia e libertà, non consiste che «nell'applicare una regola, nello svolgere un programma o nell'effettuare un calcolo» ma – ed ecco l'aporia – «si avrebbe torto nel dire che la *decisione* è stata giusta»<sup>25</sup>. La decisione *giusta* è quella che non si dà come *decisione* finale di un processo decisionale per l'appunto. Lo stesso giudice non deve limitarsi ad applicare il diritto, la norma, la regola, a seguire codici e prescrizioni; egli deve esercitare la giustizia come, se ogni volta, fosse la prima volta, come se fosse il giudice a creare la legge che prima non esisteva, o meglio che non esisteva fino a quel momento. E la de-costruzione del diritto permette questa creatività, seppur non sempre. Quando accade, allora, la decisione è *puramente giusta (cioè libera e responsabile)*<sup>26</sup>; quando non accade, allora, la decisione è legale, legittima, conforme al diritto, ma non giusta. Così, il paradosso: nessuna decisione, *al presente*, può essere giusta perché, se lo fosse, allora non sarebbe una decisione. Pertanto, il problema della giustizia (della decisione, dell'atto) non è risolto perché esso viene allontanato nel tempo. Ma non è la soluzione al paradosso. Vi è una soluzione, a mio avviso, è che mostrerò più avanti.

La seconda aporia. Se la prima aporia riguarda la (im)possibilità della decisione *giusta*, questa seconda aporia riguarda la (im)possibilità della decidibilità od ossessione dell'indecidibile. L'indecidibile non è “non sapere cosa scegliere tra due possibili opzioni, tra due scelte”; indecidibile è proprio *non sapere cosa fare, cosa decidere*. Indecidibile è tutto ciò che è «estraneo, eterogeneo all'ordine del calcolabile e della regola»<sup>27</sup> ma deve ugualmente essere deciso e ricondotto (ri-costruito) tenendo conto «del diritto e della regola». L'impossibilità della decisione, cioè il non sapere cosa fare, «è la possibilità della decisione»<sup>28</sup>. La decisione che fugge alla prova dell'indecidibile, non sarebbe una decisione giusta, quindi una vera decisione. «Sarebbe forse – avverte Derrida – legale»<sup>29</sup>, ma non sarebbe giusta. Il de-costruzionismo, dunque, ci avverte: sei proprio sicuro di questa decisione? Sei sicuro di aver valutato e combinato tutti gli elementi utili per prendere la decisione? Potrebbero esserci altri elementi e, soprattutto, altri modi per combinarli. Quindi, ogni decisione è indecidibile

---

<sup>21</sup> Ivi, p. 71.

<sup>22</sup> Pur condividendo appieno le critiche che Gunther Teubner avanza a Derrida e alla sua incapacità di afferrare la peculiarità delle istituzioni sociali rispetto al testo, in questa sede, però, non posso approfondire questo aspetto (G. Teubner, *Economia del dono, positività della giustizia: la reciproca paranoia di Jacques Derrida e Niklas Luhmann*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, 1, 2003, pp. 113-130).

<sup>23</sup> Ivi, p. 116.

<sup>24</sup> Derrida, *Forza di legge*, cit., p. 74.

<sup>25</sup> Ivi, p. 75.

<sup>26</sup> Ivi, p. 76.

<sup>27</sup> Ivi, p. 77.

<sup>28</sup> J. Derrida, *Hospitality, Justice and Responsibility. A Dialogue with Jacques Derrida*. In R. Kearney e M. Dooley (a cura di), *Questioning Ethics*, Routledge, New York, 1999, pp. 65-83, p. 66.

<sup>29</sup> Derrida, *Forza di legge*, cit., p. 77.

perché potrebbe esserci sempre una decisione altra, differente, e più *giusta*. Gli *orizzonti di informazioni* entro cui una decisione viene presa, e su cui si basa, sono illimitati. Ecco perché, sentenza Derrida, «la decostruzione è folle di questa giustizia. Folle di questo desiderio di giustizia»<sup>30</sup>.

La terza e ultima aporia. Da una parte, c'è l'urgenza di sapere il più possibile; dall'altra c'è l'urgenza della decisione giusta che è «sempre richiesta *immediatamente*, subito, il più presto possibile»<sup>31</sup>. Il paradosso sta proprio in ciò: tanto più si decide sulla base delle informazioni raccolte, quanto meno la decisione è giusta perché la decisione in quanto tale

non dev'essere la conseguenza o l'effetto del sapere teorico o storico, della riflessione o della deliberazione, dal momento che la decisione segna sempre l'interruzione della deliberazione giuridico- o etico- o politico-cognitiva che la precede e che *deve* precederla<sup>32</sup>.

Voglio soffermarmi brevemente su questo imperativo posto da Derrida, il nutrimento della conoscenza e la raccolta delle informazioni *deve* precedere, cioè fondare, ogni decisione. Anche se non arriveremo mai a possedere tutto ciò che occorre sapere per prendere una decisione *giusta*, ciò non può costituire un alibi, una sorta di autorizzazione a rimanere ignoranti. Dobbiamo, dice Derrida, essere il più possibile preparati, raccogliere tutte le informazioni possibili, procedere con «infinite analisi»<sup>33</sup>. Soprattutto, l'ignoranza non è affatto un alibi, non ci si può nascondere dietro a “Non sapevo” quando decidiamo, perché è nell'attimo in cui decidiamo pur sapendo che non sappiamo se abbiamo deciso in modo giusto, però, decidiamo ugualmente, che siamo *responsabili della decisione* – «situazione tanto terribile quanto tragica nella quale ognuno si ritrova»<sup>34</sup>. Se non ci fosse questa drammatica esperienza, non ci sarebbe nessuna decisione, ma soltanto «una serena applicazione di programmi di conoscenza e potremmo allora delegare le decisioni agli scienziati e ai teorici»<sup>35</sup>. Il fatto che siamo sempre chiamati a rispondere degli effetti e delle conseguenze di ogni nostra decisione fa sì che ogni decisione sia *giusta cioè vera* perché è una decisione presa nel momento in cui ci siamo accorti che tutto ciò che sapevamo non era sufficiente per poter decidere, quindi è una decisione senza ragione. La responsabilità ci “inchioda” alla nostra decisione che non possiamo non prendere prima o poi, non possiamo rimandare in un futuro remoto. «Ma la giustizia incalcolabile *ordina* di calcolare»<sup>36</sup>, ci ordina di decidere, ci ordina di rispondere della nostra decisione. Derrida è categorico: la giustizia richiede una nostra decisione e ogni (nostra) decisione si radica nella nostra responsabilità. Allo stesso tempo, «la responsabilità politica, etica e giuridica richiede un infinto lavoro di lettura»<sup>37</sup>. Chiamando in causa la responsabilità politica perché «i politici dovrebbero leggere»<sup>38</sup>, Derrida specifica il senso della lettura che non è quello di «passare le notti in biblioteca», bensì, quello «di leggere gli eventi, analizzare la situazione, criticare i media, ascoltare la retorica dei demagoghi [...] e ciò è richiesto oggi più che mai»<sup>39</sup>. Cioè è un esercizio di de-costruzione.

A livello generale, è facile, allora comprendere perché i *CLS* siano malvisti dal pensiero forte giurisprudenziale in quanto, di fatto, lo rendono uno «sforzo privo di senso»<sup>40</sup>. Come, però, la de-costruzione del diritto può dialogare con la positività del diritto? Derrida lo delinea chiaramente: attraverso l'*altro*, cioè attraverso tutto ciò che è *altro dal normativo*: ascoltare l'*altro*, *le altre ragioni*,

---

<sup>30</sup> Ivi, p. 79.

<sup>31</sup> Ivi, p. 80.

<sup>32</sup> Ivi, p. 81.

<sup>33</sup> Derrida, *Hospitality*, cit., p. 66.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Ivi, p. 67.

<sup>36</sup> Derrida, *Forza di legge*, cit., p. 83.

<sup>37</sup> Derrida, *Hospitality*, cit., p. 67.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> P. Schlag, *A Brief Survey of Deconstruction*, in *Cardozo Law Review*, 27, 2, 2005, pp. 741-752, p. 746.

le altre spiegazioni, ascoltare, cioè aprirsi, alle altre identità e pratiche di identità<sup>41</sup>. Ascoltare e riconoscere le altre ragioni delle altre identità, da una parte, de/ri-costruisce il diritto in una nuova forma, dall'altra, però, come vedremo più avanti, causa un paradosso: e ciò che è altro dall'altro? Ma, allora, esiste la *Queer Legal Theory*? Esistono i *Queer Legal Studies*? Le risposte non possono che essere entrambe affermative, se non per i primi studiosi che hanno definito questo filone di studi – Francisco Valdes, Kendall Thomas, Janet Halley. Ma non voglio riproporre la storia. Vi è solo un ultimo interrogativo che pongo: può una decisione giuridica essere *Queer* senza volere che essa lo sia? Secondo Brenda Cossman<sup>42</sup> vi sono quattro categorie del senso attribuito al *Queer dei QLS*: come sinonimo LGBT, in relazione alle minoranze sessuali e alle identità sessuali non normative, in relazione esplicita alla teoria *Queer*. La quarta categoria è la più interessante perché include tutti coloro i quali manifestano *sensibilità queer* pur non dichiarandosi studiosi (del) *Queer* – «un queerness privo di nome che, nonostante ciò, è queer»<sup>43</sup>. Ciò vuol dire che così come non vi è una *teoria Queer pura*, allo stesso modo, «la teoria legale queer, per sua natura, deve rimanere opaca e indeterminata»<sup>44</sup>; in altri termini, estendendo le parole di Lauren Berlant e Michael Warner<sup>45</sup>, la *QLT* «non può essere la teoria legale di qualcosa in particolare»<sup>46</sup> purché, però, conclude Cossman, essa sia la teoria del sesso, della sessualità e del desiderio<sup>47</sup>. Come vedremo, non è un vincolo irrilevante, al contrario.

### 3. La decostruzione *Queer* della genitorialità

Com'era lecito aspettarsi, dal caso *Baby M*, nel 1987, e dalla decisione della Suprema Corte Californiana che, nel 1993, in merito al caso *Johnson v Calvert*<sup>48</sup>, riconoscendo la validità dei contratti di *gestational surrogacy*, istituzionalizza la *surrogacy* attraverso la fissazione del suo principio fondativo, cioè l'intenzionalità genitoriale, è immediatamente sorto un dibattito sulla maternità surrogata tutt'ora ben vivace e, soprattutto, irrisolto. Non posso né voglio entrare in merito a tale dibattito ripercorrendone la storia. A mio avviso, però, uno dei primi articoli pubblicati l'anno successivo alla sentenza californiana, affronta in modo *Queer* la questione relativa a chi è l'altra madre. Per questo motivo, qualche riflessione su come l'autore, Derek Morgan, un giurista, risolve (ri-costruisce) l'identità della vera madre è necessaria. *Who is the other mother?* è il titolo del contributo su cui mi soffermo ora. Brevemente, il fatto. A seguito di una isterectomia, Crispina Calvert non era più in grado di portare avanti una gravidanza pur conservando la capacità di ovulazione. Per poter diventare genitori, Crispina e il marito conclusero un contratto con Anna

---

<sup>41</sup> Ossia, la decostruzione, a fatica, mostra e denuncia la violenza all'interno della stessa legge (M. Taherkhani, S.M. Ghari, S. Fatemi, *Jacques Derrida and Deconstruction Law*, in *Law Research Quarterly*, 2023, online).

<sup>42</sup> B. Cossman, *Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others)*, in *Critical Analysis of Law*, 6, 1, 2019, pp. 23-38.

<sup>43</sup> Ivi, p. 36.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> «La teoria queer non è la teoria di qualcosa in particolare» (*What Does Queer Theory Teach Us about X?*, in *PMLA*, 110, 1995, pp. 343-349, p. 344).

<sup>46</sup> Cossman, *Queering*, cit., p. 37.

<sup>47</sup> Aggiungo, una teoria *positiva* della sessualità (M. Albertson Fineman, *Introduction: Feminist and Queer Legal Theory*, in M. Albertson Fineman, J.E. Jackson, A.P. Romero, *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Farnham (UK), Ashgate, 2009, pp. 1-6), ove per sessualità, ormai, non si deve alludere soltanto alle pratiche legate al piacere sessuale, ma anche, per esempio, alla 'costruzione' del proprio corpo affinché esso sia il più possibile espressione positiva dell'identità personale esperita da ciascuno, alla sfera della giustizia riproduttiva, etc.

<sup>48</sup> È soltanto nel 2011 il dibattimento del primo caso di surrogazione della gestazione che riguarda una coppia di padri gay, la causa *A.G.R. v. D.R.H. & S.H.* In questo articolo, non si farà distinzione tra le coppie eterosessuali e quelle omosessuali, in quanto si assume che l'accesso alle TPMA dev'essere consentito a qualsiasi tipologia di coppia (e ai singoli individui).

Johnson, collega di Crispina, una donna di colore<sup>49</sup> e già madre di piccolo bambino: dietro un compenso di 10 mila dollari e un'assicurazione sulla vita pari a 200 mila dollari, Johnson si sarebbe impegnata a portare in grembo il figlio della coppia (gli ovuli della madre fecondati dallo sperma del padre) per poi consegnare alla coppia il bambino appena nato rinunciando a ogni diritto di potestà genitoriale nei confronti del bambino stesso. Purtroppo, man mano che la gravidanza procedeva, i rapporti tra i due genitori e la gestante andavano sempre più deteriorandosi. La fiducia che la coppia, inizialmente, aveva riposto in Anna era venuta meno quando i Calvert appresero che la donna aveva intenzionalmente taciuto su precedenti aborti e di figli nati morti; per contro, Anna, lamentandosi di non aver ottenuto la polizza assicurativa promessa nell'accordo e di alcuni ritardi nei pagamenti pattuiti, minacciava di non mantenere fede all'impegno preso se i due futuri genitori non avessero versato l'intera somma pattuita. A due mesi dal parto, e per cautelarsi contro quell'eventualità, i Calvert firmarono una dichiarazione ufficiale nella quale essi venivano indicati come i genitori legali del futuro nato e, per risposta, Anna Johnson presentò una richiesta di riconoscimento come madre del bambino, pur non avendo alcun legame genetico con questi. Senza ripercorrere le tappe del processo, e che Morgan fa in modo esemplare e dettagliato, la decisione presa dalla Corte Suprema della California de-costruisce la *natura dell'essere madre 'naturale'*. La Corte avrebbe potuto riconoscere Crispina Calvert come madre naturale in modo semplice e secondo la consuetudine in virtù del vincolo naturale che la legava al figlio – una prova incontrovertibile che dimostrava come lei fosse la madre esclusiva di quel bambino. Invece, «la Corte Suprema non ha imboccato questa facile via di fuga»<sup>50</sup> perché, se da una parte, il termine 'naturale' del Codice civile individua una donna che non è madre adottiva, dall'altra, lo stesso termine non è in grado di «dichiarare», ossia di indicare, «chi sia la madre naturale quando le funzioni biologiche della gestazione e il legame genetico sono stati divisi tra due differenti donne che, ora, sono in disaccordo»<sup>51</sup>. Come ricomporre, ricostruire, non solo le identità ma anche il legame di filiazione quando la legge, di fatto, si trova davanti a un paradosso di una mamma/non-mamma?<sup>52</sup> Cioè di una mamma *altra* dalle forme di maternità/dalle identità di madre. Momentaneamente, lascio la domanda senza risposta. La decisione della Corte Suprema è, come argomenta Morgan, importante per tre ragioni. Per la prima volta, una Corte Suprema di uno Stato antepone il vincolo contrattuale assunto dalla surrogata alla sua riluttanza ad attenersi all'impegno sottoscritto. Questa decisione, quindi, è «un riconoscimento potente, simbolico e rappresentativo della *gestational surrogacy* come opzione procreativa determinando chi fa cosa per chi in una relazione di surrogazione»<sup>53</sup>. Infine, la terza e ultima ragione. Nessun diritto costituzionale di Anna Johnson è stato violato. Apparentemente, ritiene Morgan, sembrerebbe che la Corte privilegi l'intenzionalità genitoriale al principio del *best interest del figlio*. In realtà, conclude Morgan, è proprio perché persegue tale principio che la Corte utilizza l'intenzionalità genitoriale come norma per identificare e distinguere ruoli, diritti, doveri, responsabilità. Non c'è niente di più *Queer* nelle parole con le quali Morgan conclude il suo articolo:

il significato che noi diamo ai termini 'surrogata', 'reale', 'madre', sono parte del senso che noi vogliamo costruire, parte del mondo che noi continuamente creiamo, parte della sfida che, interpretando, attribuiamo al senso stesso<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Rimando al primo articolo che affronta la questione dell'etnia della donna che fa da surrogata in quanto anticipa molti temi, come quello dell'intersezionalità, del dibattito attuale, A.L. Allen, *The Black Surrogate Mother*, in *Harvard BlackLetter Journal*, 8, 1991, pp. 17-31.

<sup>50</sup> D. Morgan, *A Surrogacy Issue: Who Is the Other Mother?*, in *International Journal of Law and the Family*, 8, 3, 1994, pp. 386-412, p. 391.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Riformulo così la situazione davanti alla quale la Corte è stata chiamata: la legge ammette soltanto una madre naturale, ma, in questo caso, vi sono due donne, entrambe le quali hanno una pretesa ugualmente ammissibile. Una perché ha un legame naturale con il figlio che ha voluto pur non potendo portarlo in grembo, l'altra perché, pur non avendolo desiderato inizialmente, lo ha portato in grembo e vorrebbe tenerlo (aggiungo: per amore o per ripicca?).

<sup>53</sup> *Ivi*, p. 393.

<sup>54</sup> *Ivi*, p. 401.

È giusta o no la decisione della Corte? Legittima, certamente. Ma giusta, lo è? Da una parte, è giusto far leva sugli impegni contrattuali presi, là dove le parti hanno concluso liberamente e volontariamente un accordo; dall'altra, è giusto non riconoscere come madre una donna che ha portato in grembo un feto (sebbene non fosse suo figlio biologico) e che, probabilmente, ha maturato un certo sentimento d'amore materno verso quel figlio (di altri)<sup>55</sup>? Decostruire illimitatamente il 'fatto', rispettando le regole (o le aporie) di Derrida, fa sì che la domanda sia abbia risposta, che la risposta sia sempre rimandata in un futuro indefinito. Come se ne esce? Fermandoci a decostruire e ri-costruendo nuove distinzioni (la gestante non è la madre, il feto nell'utero della surrogata non è suo figlio), nuove identità (madre biologica, madre genetica, gestante surrogata, etc.), nuove soggettività (giuridiche: la surrogata come lavoro, la *surrogacy* gratuita e quella commerciale), nuove volontà (riconoscere che una donna possa prestarsi da surrogata, etc.), un nuovo complesso di diritti e doveri (il contratto di surrogazione della maternità o della capacità di gestazione, i diritti della surrogata che vanno tutelati, quelli del bambino, etc.)<sup>56</sup>. In questo modo, il potere che il paradosso ha di bloccare il sistema viene sospeso – anche se il paradosso non verrà mai risolto, ma soltanto rimosso. Ecco la risposta alla domanda, precedentemente posta, in merito alla soluzione del paradosso. Il paradosso non viene risolto in modo definitivo perché ci sarà sempre (del)l'*altro* che rimane escluso: e la genitorialità poliamorosa<sup>57</sup>? O la famiglia nata dalla *transpregnancy*<sup>58</sup>? Quando anche queste identità *altre* (*altre dai genitori intenzionali, altre dalla 'madre' surrogata, dalla gestante surrogata, dal 'figlio' di due genitori, per esempio*), questi *soggetti altri* (nell'accezione di Derrida, cioè delle loro storie, delle loro coscienze *altre*) potranno essere riconosciute legittime e incluse nel sistema giuridico? Anche se queste due forme di famiglia non riguardano specificatamente la questione della *surrogacy*, però, riguardano la necessità più ampia di de-costruire in modo *Queer* la famiglia e i processi che la portano all'esistenza<sup>59</sup>. Perché si operi una decostruzione *Queer* occorre che siano incluse proprio quelle forme che scanzano il modello eterosessuale<sup>60</sup>.

#### 4. Gettare il bambino con l'acqua sporca

Dal caso *Baby M*, la pratica della surrogazione è diventata un vero e proprio fenomeno sociale e culturale transnazionale che, però, manca di una regolazione altrettanto transnazionale. Infatti, il grosso problema è che «la surrogazione commerciale internazionale è un pantano come paradigma legale»<sup>61</sup>, e non solo quella commerciale. L'intera pratica della surrogazione presenta paradossi

---

<sup>55</sup> Al di là del fatto che, a quanto pare, Anna Johnson ha manifestato l'intenzione di tenere il figlio dei Calvert come rivale nei confronti dei due coniugi che avevano disatteso, in parte, alcune clausole contrattuali, la domanda che ho posto non è affatto retorica. Credo sia anche importante non sottovalutare la profonda insoddisfazione e delusione che hanno spinto la gestante surrogata a non attenersi all'impegno assunto perché la creazione di un clima sereno, positivo e 'umano' tra le parti coinvolte da una pratica di *surrogacy* ne determina il buon esito (J. Gunnarsson Payne, E. Korolczuk, S. Mezinska, *Surrogacy Relationships: A Critical Interpretative Review*, in *Upsala Journal of Medical Sciences*, 125, 2020, pp. 183-191).

<sup>56</sup> N.I. González, *Regulating Surrogacy in Europe: Common Problems, Diverse National Laws*, in *European Journal of Women's Studies*, 26, 4, 2019, pp. 435-446.

<sup>57</sup> Per esempio, sempre più diffusa in Canada, S. Landry, E. Arseneau, E.K. Darling, *'It's a Little Bit Tricky': Results from the POLYamrous Childbearing and Birth Experiences Study (POLYBABES)*, in *Archives of Sexual Behavior*, 50, 2021, pp. 1479-1490.

<sup>58</sup> G. Masullo, M. Coppola, *Affettività invisibili. Storie e vissuti di persone e famiglie transgender*, Varazze, PM Edizioni, 2022.

<sup>59</sup> S. Marvel, *Polymorphous Reproductivity and the Critique of Futurity: Toward a Queer Legal Analytic for Fertility Law*, in *Jindal Global Law Review*, 4, 2, pp. 294-312; C. Klesse, *Polyamorous Parenting: Stigma, Social Regulation, and Queer Bonds of Resistance*, in *Sociological Research Online*, 24, 1, 2018

<sup>60</sup> M. Albertson Fineman, *The Sexual Family*, in M. Albertson Fineman, J.E. Jackson, A.P. Romero, *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Farnham (UK), Ashgate, 2009, pp. 45-63.

<sup>61</sup> M.N. Shuilleabhain, *Surrogacy, System Shopping, and Article of the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 33, 2019, pp. 104-122.

causati da questa grave discrepanza tra la *pratica sociale e culturale della surrogacy e la sua regolamentazione internazionale frammentata e contraddittoria*. In queste pagine, però, mi limito a prendere in considerazione alcuni casi europei di *surrogacy*, e che hanno visto il coinvolgimento sia delle Corti nazionali sia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Comune a tutte le pronunce della Corte è il riferimento all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo: *ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*<sup>62</sup>.

Brevemente alcuni ricorsi di coppie presentati alla CEDU.

*Mennesson c. Francia* (6519/11) e *Labasse c. Francia* (65941/11)<sup>63</sup> dibattuti nel 2014: in entrambi i casi si tratta di due coppie di genitori eterosessuali che hanno avuto i figli (rispettivamente, due gemelle nel primo caso e una figlia nel secondo) grazie alla pratica della *gestational surrogacy* realizzata negli Stati Uniti – i figli, fin dalla loro nascita, figuravano cittadini americani. Negli Stati Uniti, i figli erano stati riconosciuti come figli delle coppie francesi, mentre le autorità francesi hanno negato loro il riconoscimento perché nati da una pratica ritenuta illegale dal Codice penale francese. Nel caso dei coniugi Mennesson, vi è un ulteriore paradosso: prima, il pubblico ministero ha consentito comunque all'inserimento dei certificati di nascita delle due gemelle nel registro nazionale delle nascite, dei matrimoni e dei decessi, poi ha avviato un procedimento penale contro la coppia stessa per chiedere l'annullamento dell'iscrizione! La Corte di Strasburgo, richiamandosi all'articolo 8 della Convenzione, ha bocciato le decisioni delle autorità francesi (oltre ad aver condannato la Francia al pagamento delle spese processuali e, più rilevante, di cinque mila euro a ciascuno dei figli a titolo di rimborso di danno non patrimoniale) riconoscendo ai due nuclei familiari il diritto alla propria vita familiare – cioè il riconoscimento di una famiglia come le altre – nei confronti della quale lo Stato francese non aveva alcuna legittimità di ingerenza (cioè di impedire loro di esercitare il diritto alla vita familiare e alla vita privata). Ma, ed è il punto fondamentale, l'interesse che la CEDU perseguiva, come ribattuto più volte nella sentenza, era il benessere dei figli, il loro *diritto all'identità* che è parte integrante del rapporto legale tra genitori e figli (paragrafo 80 della sentenza) verso il quale il potere di azione dello Stato è da ridurre. Insomma, e per passare a un altro caso, secondo la CEDU, e detto in parole semplici, per la CEDU quelle due famiglie godono il diritto di essere 'famiglia' al pari delle altre, diritto che lo Stato non ha alcun *diritto* di vietare o di ostacolare – al netto della loro legittimità comprovata dalla CEDU.

Il terzo caso, *Paradisi e Campanelli c. Italia* (25358/12), è discusso nel 2017. *Antefatto*. In Russia, il Paese scelto dai coniugi Paradisi e Campanelli per poter realizzare una gestazione per altri, nasce Teodoro, il loro figlio e, per la legge russa, essi vengono registrati come suoi genitori senza alcun riferimento alla TPMA. Una volta rientrati in Italia, i due genitori vengono accusati di falsa attestazione e di violazione della normativa relativa all'adozioni in quanto, avendo fatto richiesta della trascrizione del certificato di nascita del figlio, il Consolato italiano a Mosca aveva informato il Tribunale dei minori di Campobasso che le attestazioni contenute in quel documento erano false. Alla luce di ciò, non solo il Tribunale del capoluogo molisano aveva dato il via all'iter per dichiarare il bambino adottabile ma, siccome il padre (il signor Campanelli) non risultava essere il padre biologico del bambino, il Tribunale aveva anche disposto l'immediato affidamento del bambino stesso presso una struttura di accoglienza. Due anni dopo, nel 2013, una nuova famiglia ricevette in affidamento il bambino al quale era stata data anche una nuova identità. Inoltre, nel 2013, appellandosi alla 'difesa dell'ordine pubblico', il Tribunale conferma il diniego di registrare, in Italia, del certificato di nascita russo. La CEDU, a cui i due genitori Campanelli e Paradiso hanno fatto ricorso, nel 2015, pur

---

<sup>62</sup> Il secondo comma: *Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.*

<sup>63</sup> È anche la prima volta in cui la CEDU viene chiamata a esprimersi in merito alla surrogazione.

riconoscendo, di fatto, l'indebita (illegittima) violazione da parte delle autorità italiane<sup>64</sup> del loro diritto alla vita privata e familiare, ritiene che, per tutelare e assicurare il *best interest* di Teodoro, egli non vada tolto dalla famiglia affidataria per via dei legami che si sono venuti a creare nel corso del tempo – ai genitori intenzionali viene riconosciuta un indennizzo economico. La Grande Chambre della CEDU, a cui è stato fatto ricorso, si è espressa in merito all'eventuale violazione, da parte delle autorità italiane, dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Da una parte, la Grande Chambre rilevando l'assenza di un legame biologico tra il piccolo Teodoro e i due genitori intenzionali, la brevissima durata della relazione con il figlio e la complessiva incertezza giuridica della situazione, non giudica pertinente l'applicazione del suddetto articolo; dall'altra, lo stesso articolo 8 può essere applicato in virtù della *genuina* intenzione della coppia di diventare genitori e che può rientrare nella definizione di *vita privata* che è tutelata e riconosciuta dalla Convenzione. In ragione di ciò, anche le decisioni adottate dalle autorità italiane si configurano come lecite nella prima interpretazione e illecite nella seconda interpretazione. Come, allora, giustificare, si chiede la Corte, l'intervento dello Stato nella vita privata dei due coniugi? Attraverso il ricorso all'affermazione della primazia dell'interesse supremo del minore:

anche se la Convenzione non riconosce un diritto a diventare genitori, comunque la Corte non può ignorare la sofferenza emotiva provata da coloro il cui desiderio di diventare genitori non è stato o non può essere soddisfatto [...]. Acconsentire di lasciare il minore presso i ricorrenti, eventualmente in previsione di diventarne i genitori adottivi, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione che essi hanno contribuito a creare in violazione di norme del diritto italiano.

Come, però, viene ribadito nel proseguo della sentenza emessa dalla Grande Chambre, è perché 'vita familiare' intessuta dai due coniugi con il piccolo Teodoro è stata troppo breve e irrilevante per la sua identità. Quindi, a mio avviso, il parametro, o principio con cui la Corte ha ri-costruito la *realtà* è la costruzione immateriale della vita affettiva di famiglia.

A livello generale, e non solo come emerge da questi tre casi succintamente illustrati, la giurisprudenza prodotta dal CEDU in materia di regolamentazione della *surrogacy* è, come già evidenziato, frammentata e contraddittoria<sup>65</sup> e non sembra essere di vero aiuto nel tratteggiare e definire una via verso una regolamentazione comune (transnazionale) della pratica di surrogazione. Allo stesso tempo, la CEDU ammette la che la surrogazione possa essere messa al bando dalle singole nazionali e ammette il ricorso a quella internazionale. Inoltre, nei primi due casi, la CEDU pone come dirimente sia il legame biologico tra i genitori e il figlio *ma*, in realtà, è solo un genitore ad averlo (il signor Mennesson) sia il legame (*immateriale*) con la madre intenzionale (la signora Mennesson) in forza della sua intenzionalità (a essere madre). Nel terzo caso, è sempre qualcosa di immateriale a costituire il perno della decisione finale, cioè della distinzione tra chi può prendersi cura del bambino e chi no: sono i genitori affidatari e non, invece, quelli che lo hanno precedentemente voluto in forza del maggior tempo con cui hanno vissuto assieme. Che vi sia o meno una base (materialità) genetica/naturale che lega i genitori intenzionali e il figlio non può costituire (nel caso della sua presenza) né non costituire (nel caso della sua assenza) la ragione per riconoscere o non riconoscere la relazione familiare tra loro, là dove la surrogazione è vietata entro i confini nazionali. O, in altri termini, i figli non possono essere discriminati in base a come vengono al mondo; ciò vuol dire, dunque, che la tutela del *best interest* del neo-nato è superiore allo scopo, pur sempre legittimo, di uno

---

<sup>64</sup> Come si legge nella sentenza: «in ogni caso, la tutela dell'ordine pubblico non può essere considerata come una carta bianca per qualsiasi misura, in quanto lo Stato deve prendere in considerazione il *best interest* del bambino e la relazione genitoriale (genetica o di altra natura)».

<sup>65</sup> P. Beaumont, K. Trimmings, L. Walker, J. Holliday, *Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 64, 1, 2015, pp. 39-63; P. McEleavy, *The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?*, in *Netherlands International Law Review*, 62, 2015, pp. 365-405; S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2015, pp. 202-209.

Stato di proibire la pratica della surrogazione<sup>66</sup>. La lettura che Mélanie Levy fa delle varie sentenze emesse dalla CEDU in merito ai ricorsi presentati da genitori diventati tali grazie a una surrogazione di maternità, in altri termini, la *decostruzione* di quei *testi*, in realtà, porta alla luce come l'approccio della CEDU sia di forte *essenzialismo genetico e gender-discriminatorio* nonostante esso sia meritevole e originario per come esso legittimi (riconosca) la filiazione legale delle famiglie non-tradizionali<sup>67</sup>. Parto da questo punto di forza per arrivare al punto di debolezza. Non sono né i diritti riproduttivi né il diritto dei genitori intenzionali ad avere la (propria) famiglia che legittimano la legalità del loro legame – riscontra Lévy – ma la stabilità dell'identità del bambino. Il costante riferimento all'articolo 8, infatti, vuol dire questo: è nell'identità del bambino, nella sua corretta formazione, sviluppo e mantenimento che si radica l'imperativo di legittimare queste forme alternative di famiglia. Allo stesso tempo, però, per venire alla debolezza di questo approccio,

il linguaggio che emerge enfatizza l'importanza del legame genetico quando viene determinata la filiazione legale. Il ragionamento della Corte incarna l'assunzione che la filiazione sociale (cioè, il vincolo *non-geneticamente* fondato) risultando dal ricorso a un donatore di gameti o a una madre surrogata non ricopra un ruolo importante nell'identità del bambino<sup>68</sup>.

Infatti, in diverse cause, non soltanto in quella italiana riportata precedentemente, ma anche in *Valdis Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, la CEDU ammette che le autorità nazionali possano, là dove non vi sia alcun legame genetico tra entrambi i genitori e il figlio, registrare il neonato come nato da genitori sconosciuti ed essere, così, dato in adozione. Infine, l'interpretazione o la ri-costruzione dei fatti sui quali la CEDU è chiamata a dare un parere è *gender-discriminatoria* perché se, per esempio come accade *D c. Francia*, il padre che, nel certificato di nascita rilasciato dallo Stato straniero in cui il figlio è nato, viene immediatamente riconosciuto come tale anche dalle autorità francesi, al contrario, la madre, pur comparando come l'altro genitore, ha dovuto far ricorso alla *step-child* adoption per poter essere riconosciuta come *madre*.

Non vi è alcun dubbio che la genetica contribuisca a *(ri)creare* la *verità*<sup>69</sup> o l'ordine in un contesto «fluidità e non tradizionalità delle forme familiari»<sup>70</sup>, ma non può *(ri)creare* anche la verità delle famiglie nelle quali non vi è alcuna materialità genetica ma solo l'immaterialità dell'intenzionalità. Se l'accesso alle proprie origini genetiche dev'essere garantito a ogni individuo nato con il ricorso alle TPMA<sup>71</sup>, però, non dev'essere estremizzato «il valore normativo del legame biologico»<sup>72</sup>. È possibile, dunque, riscontrare un paradosso di fondo: da una parte, la CEDU ribadisce in ogni parere l'insostituibile preminenza dell'interesse supremo del bambino, dall'altra, essa riconduce tutto al legame genetico quando, invece, «il best interest del bambino va ben oltre la genetica»<sup>73</sup>.

## 5. *Queer* o non *Queer*? Quanto *Queer* basta perché la decostruzione sia *Queer*?

---

<sup>66</sup> C. Fenton-Glynn, *International Surrogacy Before the European Court of Human Rights*, in *Journal of Private International Law*, 13, 3, 2017, pp. 546-567; M.G. Tesfaye, *What Makes a Parent? Challenging the Importance of a Genetic Link for Legal Parenthood in International Surrogacy Arrangements*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 36, 1, 2022, pp. 1-20.

<sup>67</sup> M. Levy, *Surrogacy and Parenthood: A European Saga of Genetic Essentialism and Gender Discrimination*, in *Michigan Journal of Gender & Law*, 29, 1, 2022, pp. 121-178.

<sup>68</sup> Ivi, p. 129.

<sup>69</sup> A. Mulligan, *Identity Rights and Sensitive Ethical Questions: The European Convention on Human Rights and the Regulation of Surrogacy Arrangements*, in *Medical Law Review*, 26, 3, 2018, pp. 449-475, p. 462 e seg.

<sup>70</sup> Levy, *Surrogacy*, cit., p. 131.

<sup>71</sup> I. Théry, *Il genere del dono. Origini e alleanze dell'essere-persona*, a cura di L. Guizzardi, Milano, FrancoAngeli, 2017; C.S. Guerzoni, *Sistemi procreativi. Etnografia dell'omogenitorialità in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

<sup>72</sup> Levy, *Surrogacy*, cit., p. 162.

<sup>73</sup> Ivi, p. 165. Altrove, in un'altra intervista, sempre D'Amico dichiara che «siamo di fronte all'ennesimo caso di utilizzo meramente simbolico del diritto penale» (*Il Foglio*, 14 aprile 2023).

«Forse le persone dovrebbero sapere che un reato per essere universale deve essere percepito tale a livello globale [...]. Il solo fatto che la maternità surrogata sia lecita e normata in alcuni Paesi, rende impossibile qualificarla come reato universale», così Filomena Gallo, avvocatessa e segretario nazionale dell'Associazione Luca Coscioni, in un'intervista rilasciata a *ilmanifesto.it* (1° giugno 2023) giudica la legge che trasforma la surrogazione di maternità in reato universale. Il tentativo di regolare o, in altri termini di mettere al bando globalmente la *surrogacy*, accompagna tale TPMA fin dal suo 'esordio' pubblico, il caso *Baby M*. Un singolo tentativo da parte di un Paese di perseguire questo obiettivo è non solo inutile ma, soprattutto, contro-produttore. Al di là dei rilievi giuridici che sono stati subito sollevati non appena la norma è stata approvata, ne vorrei evidenziare alcuni (che sono anche di facile deduzione). La giurista Marilisa D'Amico<sup>74</sup>, e già ascoltata in audizione, nell'aprile del 2023, davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, su altri tre progetti di legge che hanno per oggetto la maternità surrogata realizzata all'estero<sup>75</sup>, dubita fortemente della necessità di ricorrere alla punibilità della condotta commessa all'estero dai genitori intenzionali, dell'efficacia dell'introduzione di un criterio di extra-territorialità di un reato che non è tale in molti altri ordinamenti giuridici europei ed extra-europei, dell'effettiva capacità di contrastare e reprimere il turismo procreativo, e, infine, della reale difesa e tutela del *best-interest* del minore. Facendo mie queste evidenze che rendono questa legge viziata da «irragionevolezza»<sup>76</sup>, ne aggiungo un'altra: l'indebita confusione tra surrogazione di maternità e surrogazione della capacità di gestazione. Se è palese che la legge in questione voglia punire *anche* la quest'ultima, essa, però, non può essere confusa con la surrogazione di maternità<sup>77</sup>. Non sono soltanto due *semantiche* differenti, ma anche due TPMA con implicazioni *materiali (nel senso biologiche e genetiche) ben differenti*. E questa confusione conferma quel carattere di irragionevolezza o di faciloneria con cui l'intera legge è stata scritta. Per riprendere Derrida: quell'infinito lavoro di lettura che è richiesto alla politica, in questo caso, è stato molto, molto limitato e superficiale.

Proprio perché la decostruzione non è cancellazione nichilistica di un qualche ordine etico-politico-giuridico, è chiaro che la surrogazione vada necessariamente regolata<sup>78</sup>. Credere di eliminare un problema globale con raffazzonate soluzioni nazionali e solo sulla scorta di *ideologie* vuol dire rifiutare di accettare la surrogazione di maternità (e della capacità di gestazione) come un altro modo di essere madre o padre – di essere genitore. Chi scrive si inserisce in quella lista di studiosi che ritengono che la soluzione non sia assolutamente la messa al bando transnazionale ma una regolamentazione transnazionale<sup>79</sup>. Tra le numerose proposte, vorrei soffermarmi a riflettere su quella intelligente di Katarina Trimmings e Paul Beaumont<sup>80</sup>: così come vi è la Convenzione dell'Aja sull'adozione (CAA) (stipulata a L'Aja il 29 maggio 1993, e, attualmente, conta 194 Stati aderenti), similmente, si dovrebbe creare una Convenzione sulla surrogazione. Per motivi di spazio, mi limito a sollevare alcuni punti di questa auspicabile iniziativa. Tale Convenzione andrebbe a occupare

---

<sup>74</sup> M. D'Amico, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Osservatorio Costituzionale*, 4, 2023, pp. 4-35.

<sup>75</sup> Nello specifico, si tratta dei progetti di legge: C. 342, *Candiani* (14 ottobre 2022), C. 887 *Varchi* (15 febbraio 2023), C. 1026 *Lupi* (21 marzo 2023).

<sup>76</sup> D'Amico, *Il "reato universale"*, cit., p. 33. Ancora più duro – e che non posso che condividere – è il giudizio tranchant di Marella: «strumento inattuabile e rozzo oltre che palesemente ideologico e retorico» (M.R. Marella, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in *Politica del diritto*, 3, 2023, pp. 365-338, p. 388).

<sup>77</sup> Rimando a due importanti contributi di Barbara Pezzini: *Nascere in un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, pp. 183-245 e *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione e genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 91-118.

<sup>78</sup> L. Guizzardi, *Alcune riflessioni sulla gestazione per altri*, in *Iride*, XXXIII, 90, 2020, pp. 269-282.

<sup>79</sup> Per una recente ricostruzione di questo dibattito, rimando a K. Horsey, *The Future of Surrogacy: A Review of Current Global Trends and National Landscapes*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 2023, doi: 10.1016/j.rbmo.2023.103764.

<sup>80</sup> K. Trimmings, P. Beaumont, *International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, in *Journal of Private International Law*, 7, 3, 2011, pp. 627-647, 633 e seg.

quell'inevitabile vuoto normativo nel quale fluttuano i genitori intenzionali nelle pratiche di *surrogacy* transnazionale. I due principi sui quali la Convenzione dovrebbe fondarsi sono: l'interesse supremo del minore e il vincolo biologico. Ho già discusso del primo più che abbondantemente, anche se, forse, non in modo esaustivo – se mai ciò fosse possibile. Trimmings e Beaumont articolano questo principio attorno a due elementi: assicurarsi che i genitori intenzionali siano idonei e garantire al bambino l'accesso alle informazioni relative alle identità di chi ha donato il *materiale organico* nonché la propria capacità di gestazione<sup>81</sup>. Il secondo principio fissa che almeno uno dei due genitori intenzionali debba avere un legame biologico con il figlio. Per come i due studiosi giustificano (legittimano) questo principio è tutt'altro che anti-queer, o in favore del biologismo essenzialista della filiazione o *biogenetismo*<sup>82</sup>. Per la filiazione nella quale nessuno dei due genitori ha un legame biologico con il figlio c'è già un nome: adozione. La surrogazione di maternità non può essere percepita come «la via più breve per ottenere un figlio senza alcun legame biologico dall'estero»<sup>83</sup>: la *surrogacy* non è adozione (e l'adozione non può passare attraverso la *surrogacy*, penso alla *step-child adoption* come scelta obbligata quando la *surrogacy* non è riconosciuta)<sup>84</sup>. Qualunque contratto di surrogazione stipulato al di fuori di questa Convenzione è da ritenersi, concludono Trimmings e Beaumont, illegale, criminale e come traffico di minori. In questo modo, la surrogazione diventa una TPMA che implica un diritto di accesso e che, a sua volta, implica il riconoscimento del diritto di disporre autonomamente<sup>85</sup> del proprio corpo (la donna che si presta da surrogata), il diritto della vita privata e familiare (dei genitori e, soprattutto del figlio). Mi permetto soltanto di aggiungere all'ipotizzata Convenzione due vincoli: dovrebbe essere ammessa solo la gestazione per altri (detta anche maternità surrogata gestazionale o 'piena' o 'ad alto ricorso tecnologico') ed esclusa, invece, quella tradizionale (detta anche 'parziale' o 'a basso ricorso tecnologico'), e dovrebbe essere garantito alla gestante surrogata, fino alla registrazione del neonato, il diritto di tenere il bambino. Chi legge potrebbe manifestare qualche perplessità sulla coerenza tra questi due principi proposti: perché riconoscere una potenziale maternità là dove c'è solo una gestazione di un figlio desiderato da altri? Perché, a mio avviso, in questo modo è possibile superare quello che Angelo Schillaci definisce il

---

<sup>81</sup> Stefania Stefanelli delinea un curioso paradosso cioè quello relativo alla possibilità che siano i figli a esercitare il diritto di contestare la legittimità ottenuta dai loro genitori (S. Stefanelli, *Accertamento della maternità nella gestazione per altri*, in *BioLaw Journal*, 2, 2016, pp. 7-37). Senza dubbio, è un diritto legittimo che dev'essere riconosciuto, però, da un punto di vista più sociologico, mi chiedo: i figli hanno veramente interesse ad avvalersene? Perché i figli potrebbero maturare la decisione di mettere in discussione la fondatezza della loro famiglia? La mia non vuole essere una domanda artificiosa ma è solo per attirare l'attenzione sul fatto che, per esempio, per le famiglie di due papà, le poche ricerche che abbiamo (per via del fenomeno abbastanza recente della paternità gay) rilevano come i figli (nati da surrogazione di maternità) crescano bene e senza arrivare a mettere in discussione la validità, non soltanto giuridica, della loro famiglia (N. Carone, L. Barone, D. Manzi, R. Baiocco, V. Lingiardi, K. Kerns, *Children's Exploration of Their Surrogacy Origins in Gay Two-Father Families: Longitudinal Associations with Child Attachment Security and Parental Scaffolding During Discussions about Conception*, in *Frontiers in Psychology*, 31 January 2020, doi: 10.3389/fpsyg.2020.00112; V. Jadvá, C. Jones, P. Hall, S. Imrie, S. Golombok, *'I know it's not normal but it's normal to me, and that's all that matters': Experiences of Young Adults Conceived Through Egg Donation, Sperm Donation, and Surrogacy*, in *Human Reproduction*, 38, 5, 2023, pp. 908-916).

<sup>82</sup> M. Boucai, *Is Assisted Procreation an LGBT Right?*, in *Wisconsin Law Review*, 6, 2016, pp. 1065-1125.

<sup>83</sup> Trimmings, Beaumont, *International*, cit., p. 641.

<sup>84</sup> Applicare una sorta di *re-entry* dell'adozione nella surrogazione di maternità con la 'convinzione' di tutelare maggiormente il minore, in realtà, produce l'effetto opposto (cioè, produce un paradosso) (S. Stefanelli, *Stato giuridico e parentale del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e da g.p.a.*, in *Genius*, online first, 7 aprile 2023).

<sup>85</sup> Seguire la teoria *Queer* vuol dire anche questo, cioè prediligere o tendere di più a lottare per l'autonomia che contro la dipendenza e la dominazione, come fa, invece, il femminismo. Infatti, come afferma Martha T. McCluskey, ritiene se per il femminismo *sexy* è la battaglia contro dipendenza e dominazione, per la teoria *Queer*, *sexy* è l'autonomia, la capacità dell'*agency* anche là dove, liberamente e per scelta, la donna può rendersi oggetto 'sessuale' se trova soddisfazione e appagamento, non solo sessuale (M.T. McCluskey, *How Queer Theory Makes Neoliberalism Sexy*, in M. Albertson Fineman, J.E. Jackson, A.P. Romero, *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Farnham (UK), Ashgate, 2009, pp. 115-134).

paradigma *individualistico-contrattuale*<sup>86</sup> in favore di uno più *relazionale*<sup>87</sup> per coniugare, in modo concreto e positivo, i vari principi implicati: l'auto-determinazione, la dignità, l'intenzionalità genitoriale, il benessere del figlio.

Il tentativo del nostro Paese di definire la surrogazione di maternità come reato universale non solo è una pretesa dogmatica ma, ancora più grave, opererà *contro il principio per il quale è stata elaborata, quello del supremo interesse del minore che verrà riconosciuto come figlio nato da un reato*. Il nostro ordinamento giuridico prevede già, seppure *ex ante*, il divieto – che ha anche un fondamento costituzionale negli articoli 2, 3, e 32 della Carta – di maternità surrogata ma, come nota Stefania Cecchini, l'applicazione *ex post* di tale divieto (cioè verso genitori che hanno realizzato una pratica di surrogazione di maternità in Paesi ove essa è ammessa) non può gettare (l'interesse de) il minore nell'*incertezza del diritto* solo per un'esasperata concezione limitativa del principio di auto-determinazione della donna – senza, ovviamente, cadere nell'eccesso opposto, cioè «a favore del solo e *insaziabile* interesse dei genitori intenzionali»<sup>88</sup>.

Per concludere, e per tornare alla Convenzione. Una Convenzione sulla *surrogacy* che non ponesse come principio quello di riconoscere l'accesso a questa TPMA a tutte le identità *straight e queer*, non sarebbe *Queer*? La domanda, posta così, parrebbe capziosa e forse priva di senso. In realtà, occorre una lettura più globale o internazionale perché, ormai, è lo stesso ordine normativo internazionale (quello soprattutto dei diritti umani) che, sempre più, costituisce terreno fertile per un globale – transnazionale – *queering* della 'famiglia'<sup>89</sup> e delle identità di *gender*<sup>90</sup>: famiglia e persona che non sono più *costruite* nel solco della binarietà di genere, dell'eteronormatività come norma universale, della coppia (*straight o queer*, non ha importanza) come forma ideale della vita intima, del legame biologico come forma migliore per la cura del figlio.

---

<sup>86</sup> A. Schillaci, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2022, pp. 49-70.

<sup>87</sup> K. Busby, D. Vun, *Revisiting The Handmaid's Tale: Feminist Theory meets Empirical Research on Surrogate Mothers*, in *Canadian Journal of Family Law*, 26, 2010, pp. 13-93; L. Guizzardi, *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, in *Quaderni di Teoria Sociale*, 2, 2018, pp. 79-101.

<sup>88</sup> S. Cecchini, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, pp. 329-349, p. 349.

<sup>89</sup> D. Gonzalez-Salzberg, *Queering Reparations Under International Law: Damages, Suffering, and (Heteronormative) Kinship*, in *AJIL Unbound*, 116, 2022, pp. 5-9; B. Schramm, J. Santos de Carvalho, M. Beury, *Doing Queer in Everyday of Academia: Reflections on Queering a Conference in International Law*, in *AJIL Unbound*, 116, 2022, pp. 16-21.

<sup>90</sup> G. Gilleri, *Abandoning Gender "Identity"*, in *AJIL Unbound*, 116, 2022, pp. 27-31.