

ANNO XCI - 2024

NUOVA SERIE A – N. 75

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

BENEDETTO ROCCHI

*Vietare o regolamentare? Utero in affitto
come transazione economica*

ABSTRACT

L'articolo propone un'analisi della pratica dell'utero in affitto secondo la logica economica. L'approccio economico è giustificato dallo sviluppo della industria procreatica in una vera e propria filiera globale di produzione. Vengono analizzate le caratteristiche della prestazione fornita dalla donna alla coppia committente, mettendo in luce le intrinseche difficoltà che impediscono una contrattualizzazione completa ed efficiente della transazione. Alla luce dei risultati dell'analisi viene discussa la proposta di introdurre in Italia, tramite una opportuna regolamentazione, una forma "solidale" della pratica della gravidanza effettuata per conto di terze persone.

The paper discusses the surrogacy practice according to economic theory. An economic approach to the topic is justified by the development of a global industry exploiting human reproduction technologies. The characteristics of the service provided by the women to the client couple are analysed, shedding light on several intrinsic difficulties in designing a complete and efficient contract to regulate the transaction. In the light of this analysis the paper discusses the recent proposal to regulate a non-commercial form of surrogacy in Italy.

PAROLE CHIAVE

Utero in affitto, Gestazione per altri, Transazioni economiche, Industria globale della maternità surrogata.

KEY WORDS

Surrogacy, Gestation for others, Economic transactions, Global surrogacy industry.

BENEDETTO ROCCHI*

*VIETARE O REGOLAMENTARE?
UTERO IN AFFITTO COME TRANSAZIONE ECONOMICA*

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla regolamentazione. 2. La filiera procreatica come settore produttivo. 3. L'oggetto della transazione. 4. I problemi di contrattualizzazione dell'utero in affitto. 5. Dubbi sulla cessione "solidale" della gravidanza. 6. Esternalità negative: la posizione del bambino. 7. Conclusioni.

1. Il dibattito sulla regolamentazione

Il disegno di legge in discussione in Parlamento finalizzato a rendere la cosiddetta maternità surrogata reato universale nell'ordinamento giuridico italiano ha riaperto il mai del tutto sopito dibattito su questa pratica riproduttiva, popolarmente indicata (non a torto, come vedremo più avanti), come "utero in affitto".

Il dibattito è per la maggior parte popolato da argomentazioni di tipo etico strettamente intrecciate da temi giuridici. I contrari dell'utero in affitto lo giudicano incompatibile «con la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva» in linea con le parole della sentenza a sezioni riunite della Corte di Cassazione (n. 38162 del 30 dicembre 2022) e sostengono la necessità di perseguire il reato anche nei casi in cui sia commesso all'estero da cittadini italiani. Lo scopo è evitare forme di aggiramento del divieto basate su una strategia del fatto compiuto, in cui una coppia sterile utilizza l'utero in affitto all'estero per poi rivendicare il riconoscimento della genitorialità (iscrizione all'anagrafe nel nucleo familiare, *stepchild adoption*) per il «miglior interesse del bambino». I favorevoli alla legalizzazione hanno posizioni più variegata. Alcuni, in nome della laicità, considerano il giudizio di immoralità della pratica frutto di valori non necessariamente condivisibili da tutti, argomentando talvolta a favore della positività morale di un «diritto di diventare genitori» che non

* Università degli Studi di Firenze

si potrebbe negare agli adulti. Altri, maggiormente sensibili agli evidenti rischi di sfruttamento delle donne intrinseci alla tecnica, chiedono di sostituire il divieto assoluto con una regolamentazione che sia capace di garantire adeguatamente i diritti e la dignità di tutti i soggetti coinvolti.

A questa seconda linea di sembra riferirsi Zagrebelsky che su Repubblica del 25 maggio 2023 ha argomentato a favore della maternità surrogata solo nei casi in cui essa rappresenti un «atto gratuito di solidarietà umana» effettuato dalla donna al di fuori delle logiche di mercato. Secondo l'ex presidente della Corte Costituzionale l'utero in affitto non rappresenterebbe una pratica medica moralmente inaccettabile per le modalità con cui viene coinvolta la vita fisica e psichica della donna: ciò che renderebbe morale o immorale (e quindi più o meno accettabile nel nostro quadro giuridico) sarebbero solo le intenzioni della donna che, prestandosi ad una maternità surrogata "altruistica", "solidale" potrebbe addirittura favorire il raggiungimento di obiettivi socialmente positivi (diritto a diventare genitori per le coppie sterili), evitando al contempo «la riduzione d'ogni realtà dell'esistenza a merce commerciabile», similmente a quanto accade nel caso della donazione volontaria di organi.

Le obiezioni su piano morale e giuridico a questa posizione sono state espresse da diversi commentatori. In quanto segue, viceversa, proporrò una critica alla "linea della regolamentazione" a partire da argomenti tratti dalla scienza economica.

2. La filiera procreatica come settore produttivo

Un approccio di questo genere non dovrebbe stupire troppo. Dopotutto lo sviluppo delle tecnologie procreative ha fatto nascere una vera e propria industria globale con forti prospettive di crescita¹, una *filiera procreatica* che può essere studiata dall'economista con la sua usuale cassetta degli attrezzi, come si fa con le altre filiere. La procreatica è un vero e proprio settore dell'economia, caratterizzato da un processo che porta alla produzione del bambino.

¹ La Global Market Insights stima un fatturato globale nel 2022 di 14 miliardi di dollari e una crescita media annua nel prossimo decennio di oltre il 24%, che porterebbe il giro di affari a 129 miliardi di dollari nel 2032. <https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market>

Il processo procreatico può essere scomposto in fasi (produzione di gameti, fecondazione in vitro, conservazione e impianto di embrioni, gravidanza in un utero in affitto). Quando le diverse fasi non sono integrate verticalmente nella stessa unità di produzione, la filiera genera dei veri e propri mercati di semilavorati, come testimoniano i flussi di import ed export analizzati dall'annuale Relazione al Parlamento del Ministro della Salute sulla applicazione della legge 40. Anche la foto, ormai famosa, pubblicata durante la prima ondata della pandemia, rappresentante bambini nati dopo una gravidanza in affitto bloccati in un albergo di Kiev, in attesa che le frontiere venissero riaperte, rappresenta plasticamente uno dei tipici problemi che può essere necessario affrontare nel commercio internazionale (merci bloccate alla frontiera per barriere tariffarie o non tariffarie).

Insieme con una serie di mercati specifici, la filiera procreatica ha sviluppato anche una contrattualistica tipica per regolare le transazioni (compravendita di gameti, fornitura di servizi tecnologici, concessione delle proprie funzionalità riproduttive). La filiera procreatica ha sviluppato anche un suo specifico marketing, facilmente rinvenibile on line nei siti delle principali imprese procreative e che periodicamente si manifesta in fiere volte a fare incontrare la domanda e l'offerta. Quest'anno, ad esempio, si è svolta a Milano 20 e il 21 maggio, la fiera intitolata *Wish for a baby*².

Infine, come in ogni settore produttivo che si rispetti, vengono definiti i prezzi ai quali possono avvenire le transazioni, con variazioni nei diversi paesi a seconda del diverso costo dei fattori produttivi e delle diversità nei sistemi di regolamentazione. Capita così che la carenza di donne disposte a cedere i loro ovuli faccia crescere il prezzo di questo input in un determinato mercato³, oppure che gli economisti quantifichino il calo di offerta di seme che si registrerebbe a seguito di una modifica della regolamentazione che non garantisce più l'anonimato genetico al cosiddetto «donatore», e il corrispondente premio di prezzo che dovrebbe

² <https://www.wishforababy.it/>

³ M. PICCINI, *AAA Ovodonatrici cercasi*, in *Elle* (2019) 86-87.
<https://www.elle.com/it/salute/benessere/a27372506/fecondazione-assistita-legge-40/>

essere riconosciuto ai fornitori rimasti sul mercato perchè accettino di continuare le loro prestazioni⁴.

Quella che la legge 40 definisce “maternità surrogata” è come abbiamo visto, solo una fase del processo produttivo. Una coppia sterile (o un’impresa che si pone come intermediaria tra una coppia sterile e la donna) corrisponde un compenso ad una donna disposta a lasciare impiantare nel suo utero un embrione prodotto in precedenza con le tecniche procreative, affinché si sviluppi in un bambino che verrà consegnato ai committenti subito dopo il parto. Lo sviluppo di questa pratica all’interno di una filiera economica, la presenza di contrattualizzazione e compenso monetario, il riferimento alla sola gravidanza nella descrizione della prestazione (consegna immediata del bambino, uso di termini come “gestazione per altri” o “gestazione solidale”) mostrano come la metonimia “utero in affitto” ben descriva il contenuto economico dello scambio che viene realizzato. Il termine “maternità” usato nella legge, viceversa, da un punto di vista economico è impreciso dal momento che il bambino è contrattualmente destinato a essere figlio di chi acquista il servizio e non della donna che cede tale servizio.

3. L’oggetto della transazione

L’utero in affitto è dunque solo una delle fasi in cui è scomposto il processo produttivo procreatico, dopo le fasi di produzione, selezione e conservazione di gameti e quelle di produzione, selezione e conservazione di embrioni. È importante sottolineare, tuttavia, che la transazione riguarda non solo l’impianto dell’embrione, la gravidanza e il parto ma include anche la “consegna” del bambino. Del resto, come abbiamo visto, tutta la procedura procreatica ha come prodotto finale il “bambino in braccio”.

La contrattualistica sviluppata in questo mercato ha lo scopo di limitare i possibili contenziosi tra gestante e coppia committente al momento della consegna del bambino. Altrimenti, in via del tutto ipotetica, i committenti

⁴ G. COHEN, T. COAN, M. OTTEY, C. BOYD, *Sperm donor anonymity and compensation: an experiment with American sperm donors*, in *Journal of Law and the Biosciences* (2016) 1-21. https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2876367_code358116.pdf?abstractid=2876367&mirid=1

non potrebbero opporsi in alcun modo alla volontà della madre di trattenere con sé il bambino, una volta che avesse assolto il compito contrattuale di portarlo in grembo durante la gravidanza fino al parto, cioè se il contratto riguardasse solo l'uso di una funzione fisiologica del corpo della gestante venduto come "servizio"⁵.

In realtà nel caso in cui i committenti si ritirassero unilateralmente dal contratto, la donna che lo ha partorito sarebbe la madre del bambino, perché il bambino ha comunque il diritto ad avere dei genitori. Come nel caso controverso di *Baby Gammy*, una bambina nata in Thailandia nel 2014 da utero in affitto, con la sindrome di Down e una patologia cardiaca. La coppia committente, di nazionalità australiana, tornò a casa con la sola gemella sana della bimba. Al di là dei dettagli di una vicenda complicata, la questione era chiarire chi fossero i genitori della bimba. Il giudice dichiarò che era legalmente figlia della gestante e di suo marito nonostante l'assenza di legame genetico. Successivamente alla bambina è stata riconosciuta la nazionalità australiana (essendo figlia biologica del marito della coppia committente) perché potesse avvalersi dei servizi della Sanità australiana⁶. La stessa legge ultrapermissiva della California riconosce esplicitamente che l'accordo pre-trasferimento dell'embrione in utero deve includere la "cessione" dei diritti di custodia del figlio: è tale cessione che in California fa perdere alla gestante i diritti di custodia sul figlio e non il fatto che non

⁵ È il caso della legislazione vigente nel Regno Unito, secondo la quale il bambino nasce come figlio della gestante e solo successivamente, tramite un *parental order* del giudice, i diritti parentali vengono trasferiti alla coppia committente, fermo restando il diritto della gestante di tenere il bambino. Proprio per questo tipo di procedura il mercato dell'utero in affitto nel Regno Unito non si è sviluppato. La legge è in fase di revisione e il punto centrale della riforma proposta dalla *Law Commission* nel 2023 è la possibilità che, in base ad un accordo preliminare, i committenti diventino legalmente genitori alla nascita, senza necessità di una sentenza. L'intero dossier è consultabile all'indirizzo <https://lawcom.gov.uk/project/surrogacy/>

⁶ Alcuni dettagli della vicenda sono disponibili in B. JABOUR, *Baby Gammy: conflicting reports about baby "abandoned" in Thailand*, in *The Guardian*, 4 agosto 2014. (<http://www.theguardian.com/world/2014/aug/04/baby-gammyconflicting-reports-about-baby-boy-abandoned-in-thailand>). La madre surrogata ha provato senza successo ad ottenere l'affidamento esclusivo anche del gemello presso i tribunali australiani: la decisione del giudice può essere scaricata all'indirizzo web <http://www.familylawexpress.com.au/family-law-decisions/evidence/farnell-anor-and-chanbua-2016-fcwa-17/>

abbia legami genetici con lui, cioè che, come dicono alcuni, «non sia mai stata madre del bambino»⁷.

Anche il marketing delle imprese procreative pubblicizza in un certo senso il bambino come prodotto, al punto che in certi casi prevede specifiche garanzie di “ripetizione del processo” in caso di morte del bambino entro un certo termine dalla nascita. Sono ad esempio le garanzie offerte dalla Gestlife ai propri clienti, messe nero su bianco nel sito web della compagnia⁸.

Vale qui la pena ricordare che la cessione dei diritti parentali *ex ante*, cioè prima della gravidanza, che come abbiamo visto è tipica della transazione che chiamo utero in affitto, è viceversa espressamente vietata dai protocolli per le adozioni internazionali⁹, dove l'adozione deve essere dichiarata *dopo* la nascita e gli accordi preliminari prima della gravidanza costituiscono causa di contestazione della «vendita del bambino». Questo perchè nel caso dell'adozione è esplicito il fatto che l'obiettivo è il miglior interesse di un bambino che è già nato e non la produzione di bambini adottabili (come sembra viceversa che sia il caso dell'utero in affitto). Che con la diffusione globale delle tecnologie procreative sia cresciuto esponenzialmente il rischio di un vero e proprio commercio di bambini, che approfitta delle asimmetrie nelle regolamentazioni dei vari paesi per

⁷ D.M. SMOLIN, *Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children*. Pepperdine Law Review 43.2 (2016) 265-344. <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2>

⁸ «...restarting the programme free of charge in case of death of the baby during the first two years of life (STANDARD PLUS and PREMIUM programmes)». Le garanzie offerte dalla Gestlife sono reperibili all'indirizzo web <https://www.uk.gestlifesurrogacy.com/guarantees-in-surrogacy.php>

⁹ Il riferimento è la Convenzione di Hague del 1993: HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW [HCCH]. (1993). *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption*. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=69. Si veda anche K.S. ROTABI, S. MAPP, K. CHENEY, R. FONG, R. MCROY *Regulating commercial global surrogacy: the best interests of the child*. Journal of Human Rights and Social Work (2017) 2, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s41134-017-0034-3.pdf?pdf=button%20sticky>

svilupparsi, è stato denunciato da ONG e studiosi di diritto e di scienze sociali¹⁰.

4. I problemi di contrattualizzazione dell'utero in affitto

Molte ragioni di natura economica suggeriscono che la regolamentazione di qualsiasi forma di cessione della gravidanza sarebbe illusoria e andrebbe incontro a molteplici problemi. In primo luogo esistono evidenti problemi di contrattualizzazione. Una qualche forma di definizione di responsabilità e reciproche obbligazioni tra le parti coinvolte sarebbe comunque necessaria, anche nell'ipotetico caso "solidale". Del resto è la stessa richiesta di una qualche forma di regolamentazione che implicitamente ammette la necessità di una definizione formale dell'evento che si intende regolamentare, perché sia possibile definire i termini dell'accordo tra le persone adulte coinvolte.

Il problema tuttavia è che nel caso della gravidanza, qualsiasi contratto venga sottoscritto, a titolo oneroso o gratuito, è per definizione "incompleto". In primo luogo esiste una intrinseca difficoltà di definire esattamente la natura della prestazione. Come stabilire infatti l'esatto confine tra la funzione riproduttiva oggetto del contratto e le altre funzioni fisiologiche? Si consideri ad esempio il caso in cui insorgano problemi di salute nella donna o nel bambino, per le quali si prospettino opzioni terapeutiche alternative, con differenti livelli di coinvolgimento dell'organismo dell'una o dell'altro. È evidente l'impossibilità di definire *ex ante* (come richiederebbe una contrattazione completa) una casistica di tutte le possibili situazioni, con le relative prescrizioni concordate.

Ma c'è un ulteriore aspetto che rende ancor più difficile una definizione precisa dell'oggetto del contratto. La relazione tra donna e bambino, infatti, va al di là dei semplici scambi fisiologici *organici*, investendo la sfera esperienziale/emotiva di entrambi. La più recente ricerca medica mostra infatti che la relazione madre-figlio durante la gravidanza è estremamente ricca e portatrice di conseguenze anche *dopo* il

¹⁰ Si veda ad esempio M. CRAWSHAW, E. BLYTHE, O. VAN DEN AKKER, *The changing profile of surrogacy in the UK-implications of national and international policy and practice*, in *Journal of Social Welfare and Family Law* 34.3 (2012) 265-275; cfr. anche D.M. SMOLIN, *Surrogacy as the Sale of Children* cit.

parto per entrambi¹¹. Dato l'obiettivo della transazione, uno dei problemi che possono mettere a rischio l'esecuzione del contratto (cioè la consegna del bambino dopo il parto) è il processo di attaccamento/identificazione che si instaura tra gestante e bambino. Non stupisce allora che i contratti cerchino di delimitare anche l'ambito delle loro relazioni *personali* durante tutta la gravidanza. Alle madri surrogate, oltre a prescrizioni mediche ovvie (come non fumare o seguire una determinata dieta) può venire anche richiesto di seguire una serie di regole di comportamento che possono includere il divieto di accarezzare la pancia, di cantare sotto la doccia, di parlare o cantare al bambino, oltre all'obbligo di sottoporsi a psicoterapia per favorire il distacco affettivo dal bambino¹². Al di là di ogni giudizio morale su questa tipologia di «patti», che nel caso di una eventuale legalizzazione sarebbe necessario regolamentare, appare evidente l'illusorietà di una separazione della funzione fisiologica dalla dimensione che potremmo definire *esistenziale* della gravidanza. In quanti modi più o meno espressi o esprimibili la madre e il bambino possono infatti entrare in una relazione personale durante i nove mesi di gravidanza?

L'inevitabile incompletezza dei contratti di utero in affitto dipende infine dal fatto che quella della gravidanza è una «esperienza personalmente trasformativa»¹³. Portare nel proprio grembo e dare alla luce un bambino genera un radicale mutamento nell'esistenza della donna al punto che, in un certo senso, la donna che partorisce non è più quella che ha firmato il contratto per la cessione della gravidanza. Senza entrare nel merito della letteratura specialistica¹⁴ ciò che conta qui è sottolineare che l'impatto psicologico dell'esperienza connessa allo stesso contenuto del contratto può essere causa della sua non esecuzione, come testimoniano i

¹¹ La letteratura è vastissima e va oltre le competenze dell'autore: un testo che può dare un'idea anche al lettore non specialista è C. BELLINI (a cura di), *Sento dunque sono. Sensi e sensazioni del feto*, Cantagalli, Siena 2011.

¹² R. FRULLONE, *Utero in affitto. Dal Kosovo all'Ucraina così reclutano le "cicogne"*, in *Il Timone* 228 (2023) 10-13.

¹³ L.A. PAUL, *What you can't expect when you're expecting*, in *Res Philosophica* 92.2 (2015) 149-170. <https://lapaul.org/papers/whatCantExpect.pdf>

¹⁴ Esiste un filone di ricerca a cavallo tra demografia, psicologia e studi sociali che si occupa dell'impatto del diventare genitori sulla felicità delle persone: si veda ad esempio M. MYRSKYLA, R. MARGOLIS, *Happiness: Before and After the Kids*, in *Demography* 51 (2014) 1843-1866.

numerosi casi di contenzioso giuridico tra madri surrogate che dopo il parto non vogliono consegnare il bambino e le coppie committenti.

Dal punto di vista dell'economista l'incompletezza dei contratti genera *inefficienza* nel modo in cui il mercato fa incontrare domanda e offerta. Nel caso dell'utero in affitto esiste un inevitabile *trade off* tra definizione contrattuale *ex ante* ed esposizione a rischi di rottura (*hold up*) del contratto o sua rinegoziazione *ex post* in caso di situazioni non previste dal contratto stesso. In contesti giuridici certi, come negli USA o in altri paesi sviluppati in cui la pratica è legale, la tendenza inevitabile è la produzione di una regolamentazione per quanto possibile rigida. Questo accresce i costi connessi alla transazione oltre il prezzo della prestazione stessa. È noto che oltre ai costi per la produzione degli embrioni e l'impianto, il costo sostenuto dai committenti per la gravidanza solo in parte va a remunerare la donna¹⁵, includendo una serie di servizi aggiuntivi forniti da soggetti intermediari (garanzie legali e assicurative, servizi complementari come la psicoterapia). Per inciso questo mostra che anche nel caso di una ipotetica gravidanza "solidale" sarebbe difficile escludere del tutto la dimensione economica e di mercato dalla realizzazione del servizio. Soggetti terzi con finalità non solidaristiche verrebbero, con ogni probabilità, coinvolti e avrebbero interesse a *promuovere* la pratica.

Come abbiamo visto in precedenza, inoltre, anche una puntuale regolamentazione *ex ante* dei contratti non potrebbe comunque evitare possibili contenziosi *ex post*, con un ulteriore incremento dei costi di transazione complessivi. L'inevitabile conseguenza dell'inefficienza del mercato della gravidanza in affitto "regolamentato" è lo spostamento delle transazioni in contesti dove i diritti dei soggetti coinvolti, in particolare delle donne che forniscono il servizio, sono meno garantiti. È quello che è stato possibile osservare con la crescita della filiera procreatica: la creazione di un mercato *globale*. Non è un mistero per nessuno che il prezzo pagato dai committenti sia decisamente più basso in paesi come l'India, dove per molti anni una sostanziale *deregulation* ha creato un mercato fiorente per la

¹⁵ Secondo una recente inchiesta del Guardian, dei 40.000\$ pagati dalla coppia committente alla BiotexCom per una maternità surrogata in Ucraina, va alla donna che concede il suo utero circa la metà: cfr T. LORENZO, A. MAZHULIN, 'The bombs won't stop us': business brisk at Ukraine's surrogacy clinics, in The Guardian, 26 luglio 2023. <https://www.theguardian.com/world/2023/jul/26/the-bombs-wont-stop-us-business-brisk-at-ukraines-surrogacy-clinics>

pratica e dove numerose violazioni dei diritti delle donne e dei bambini sono state testimoniate, fino ad una radicale restrizione della pratica alla fine del 2019. O in paesi come l'Ucraina o la Georgia, dove situazioni di povertà rendono più facile trovare candidate per la gravidanza. Inchieste svolte dalla stampa internazionale hanno più volte e anche recentemente¹⁶ portato alla luce pratiche di sfruttamento e maltrattamento delle donne e altre pratiche spregiudicate nella gestione del processo procreatico da parte delle agenzie intermediarie¹⁷.

5. Dubbi sulla cessione “solidale” della gravidanza

I promotori di una cessione *solidale* della gravidanza, di fronte a tali conseguenze avverse, sostengono che la cessione dell'utero per gravidanze per conto terzi da parte di donne disponibili potrebbe essere sottratta alla logica del mercato tramite una adeguata regolamentazione. Ci sono in realtà molti aspetti dell'attuale mercato che fanno dubitare riguardo questa possibilità. Abbiamo già visto come la semplice cessione, anche a titolo gratuito, della gestazione non escluderebbe l'interesse da parte di operatori economici ad operare attivamente in questo settore per la fornitura di servizi di intermediazione. Questi sono necessari in un accordo che implica elevate *asimmetrie informative* tra committente e fornitrice della prestazione: le coppie sterili vorrebbero verosimilmente informazioni affidabili sulla donna (stato di salute, situazione economica) prima di stringere qualsiasi accordo. Rimarrebbe inoltre la necessità di assistenza legale, soprattutto nel caso dell'acquisto del servizio all'estero, e tecnologico-sanitaria per quanto riguarda la realizzazione dell'impianto in utero e la supervisione medica della gravidanza.

¹⁶ L. GRIDNEFF, E. SCHULTHEIS, D. DRABYK, *Inside a Ukrainian baby factory*, in Politico, 23 luglio 2023. <https://www.politico.com/news/2023/07/23/ukraine-surrogates-fertility-00104913>

¹⁷ Si vedano ad esempio C. GIOJELLI, *Come scintilla lo squallido mercato dei figli*, in Tempi, 4 luglio 2020. <https://www.tempi.it/come-scintilla-lo-squallido-mercato-dei-figli/>, e O. GRYTSENKO, *The stranded babies of Kyiv and the women who give birth for money*, in The Guardian, 15 giugno 2020. <https://www.theguardian.com/world/2020/jun/15/the-stranded-babies-of-kyiv-and-the-women-who-give-birth-for-money>

Un altro aspetto che fa dubitare sulla possibilità di una cessione “gratuita” dell’utero riguarda il sistema corrente di “rimborsi” che vengono erogati alle donne. La donna che acconsente a vivere una gravidanza per conto di altri accetta limitazioni di comportamento più o meno estese, che in genere includono la sospensione delle attività lavorative. Di solito viene corrisposta una somma equivalente a quanto la donna potrebbe mediamente guadagnare durante la gravidanza¹⁸. Questo è uno dei motivi per cui, come abbiamo visto, i committenti dei paesi a reddito elevato hanno un interesse economico a commissionare la gravidanza in paesi più poveri. Tuttavia una qualsiasi legislazione che limitasse le gravidanze vissute per altri al solo caso *solidale* non potrebbe accettare questa modalità di quantificazione che, dal punto di vista economico, configura la prestazione di utero in affitto come una attività *lavorativa*. I rimborsi dovrebbero essere limitati alle sole spese connesse al servizio che potrebbero gravare sulla donna, come quelle sanitarie o di viaggio. È evidente che a queste condizioni l’offerta del servizio subirebbe una drastica limitazione, considerato che la gran parte delle donne disponibili a questa pratica procreativa hanno un reddito basso o inesistente¹⁹.

Ci sono inoltre motivi per dubitare che la soluzione solidale sarebbe realmente accettata anche sul lato della *domanda*. In una ipotetica surrogazione solidale, come quella auspicata da Zagrebelski, si intenderebbe sostituire lo scambio di mercato con il *dono* . È bene tuttavia non dimenticare che anche il dono, come lo scambio, implica una dimensione di *reciprocità*. Nella transazione di mercato la reciprocità viene completamente esaurita dalla prestazione economica e dalla controprestazione monetaria: venditore e compratore concordano sul fatto che il prezzo corrisponde esattamente al valore della merce, cosicché la sua

¹⁸ Esiste nella letteratura relativa agli studi sociali una linea di pensiero che sostiene che, se opportunamente regolamentato, l’utero in affitto sarebbe una opportunità di lavoro per le donne e non una forma di sfruttamento. Cfr. ad esempio ROTABI ET AL., *Regulating commercial global surrogacy* cit. Accettare questa visione, ovviamente, implica che il compenso da corrispondere alle donne sia una vera e propria *remunerazione*.

¹⁹ E’ il caso della legislazione britannica citata in precedenza che, almeno in teoria, consente solo il rimborso delle «spese ragionevolmente sostenute» dalla gestante. È ampiamente riconosciuto che questo costituisce una delle principale limitazione della pratica nel Regno Unito: cfr. ROTABI ET AL., *Regulating commercial global surrogacy* cit.

corresponsione elimina qualsiasi obbligazione del secondo rispetto al primo. Anche il dono può essere visto come una *prestazione* del donatore a favore del ricevente. E questo crea un *legame* tra le persone che molto spesso è il vero obiettivo del dono. In un articolo del 1997 Avner Offer illustra le caratteristiche di quella che chiama «economia del rispetto reciproco» (*economy of regard*)²⁰ esplorando le diverse modalità con cui la dimensione del dono spesso si intreccia e addirittura è capace di rendere più efficienti le stesse relazioni di mercato²¹. Due sono le caratteristiche che distinguono un dono da uno scambio. Innanzitutto deve essere liberamente corrisposto senza attendere niente in cambio. Inoltre non deve produrre alcuna *obbligazione* nel ricevente. Colui che riceve il dono, per poterlo percepire come tale, deve essere in grado di ricambiarlo ma allo stesso tempo non deve sentirsi in alcun modo *obbligato* a farlo. È evidente ad esempio, che un dono troppo grande da parte una persona abbiente in qualche modo pone un ricevente significativamente più povero, che non potrebbe contraccambiarlo, in una posizione di subalternità.

Questa ultima caratteristica è rilevante nell'ipotetico caso della cessione *solidale* della gravidanza. Anche supponendo che una donna possa decidere liberamente di prestare il suo utero a titolo gratuito, quale potrebbe essere la posizione della coppia sterile che riceve questo dono? È evidente infatti che si tratta di un dono che non può essere contraccambiato con alcunché di equivalente: avere un figlio è infatti qualche cosa di non valutabile, come del resto la stessa narrazione offerta dal marketing delle imprese procreative sottolinea sistematicamente, proprio per giustificare il prezzo dei servizi offerti. Si tratterebbe inoltre di un dono che, quantomeno psicologicamente, produrrebbe una *obbligazione* nella coppia sterile che lo riceve. In sintesi, la natura della prestazione sembra incompatibile di per sé con una genuina dinamica di dono. È ragionevole pensare che i committenti *preferiscano* una prestazione a titolo oneroso. Un divieto assoluto di corresponsione di un compenso

²⁰ A. OFFER, *Between the gift and the market: the economy of regard*, in *Economic History Review* 50.3 (1997) 450-476. Il termine *regard* ha in realtà in inglese una molteplicità di significati che includono la stima per l'altro, il tenere in considerazione l'altro, il riguardo verso una persona e le sue necessità.

²¹ Molta letteratura economica sui beni relazionali si occupa di questo. Cfr. ad esempio B. GUI, R. SUGDEN (eds), *Economics and Social Interaction: Accounting for Interpersonal Relations*, Cambridge 2005.

sarebbe perpetuamente a rischio di essere eluso od aggirato, generando verosimilmente controversie di interpretazione della legge difficili da risolvere (fino a che punto un regalo che vorrebbe esprimere la gratitudine dei committenti corrisponde ad un *dono* e non diventa un *compenso*)²²?

Da un punto di vista economico le considerazioni fatte fanno prevedere la sostanziale impossibilità di instaurare un sistema solidale di servizi di gravidanza per conto di altre persone: qualunque fosse la regolamentazione, il “mercato solidale” collaserebbe presto. Esiste chiaramente il rischio per qualsiasi regolamentazione di essere perennemente a rischio di “forzatura” giurisprudenziale da un lato senza prevenire la formazione di un mercato illegale dall’altro.

6. Esternalità negative: la posizione del bambino

Fino a questo punto abbiamo considerato cosa suggerisca la prospettiva economica nell’analisi dei rapporti tra coppia sterile committente e donna che presta il servizio di utero in affitto, individuando una serie di problematiche generate dalla natura stessa della transazione, che rendono aleatoria la pretesa di una sua regolamentazione. Gli effetti di questo scambio, tuttavia, vanno oltre i contraenti, coinvolgendo almeno un terzo soggetto. Il contratto di utero in affitto genera infatti una serie di conseguenze avverse sul *bambino*, che secondo una prospettiva economica possiamo considerare vere e proprie *esternalità negative*. Una esternalità negativa è una conseguenza avversa generata da una transazione che colpisce un soggetto terzo rispetto a venditore e compratore, in assenza di qualsiasi forma di compensazione. In un precedente lavoro²³ ho discusso la posizione del bambino nella filiera procreatica; qui mi limiterò a richiamare

²² È quanto accade nei tribunali del Regno Unito dove i giudici sono in modo crescente chiamati a considerare la congruità dei rimborsi, che in teoria dovrebbero riguardare solo le spese di gravidanza. Sebbene in teoria avere corrisposto un vero e proprio compenso per la gravidanza potrebbe essere causa di non emissione del *parental order* che rende i committenti genitori legali. In pratica la giurisprudenza, visto che la sentenza non può essere richiesta prima di 6 settimane dalla nascita, fa valere praticamente sempre il «migliore interesse del bambino» a rimanere con le persone che lo hanno cresciuto dalla nascita: cfr. CRAWSHAW *et al.*, *The changing profile of surrogacy*, cit.

²³ B. ROCCHI, *Il bambino nella filiera procreatica*, in Profiling – I profili dell’abuso 10.4 (2019). <https://www.onap-profiling.org/il-bambino-della-filiera-procreatica/>

gli aspetti più rilevanti nel caso dell'utero in affitto che, come abbiamo sottolineato prima, costituisce solo la fase *finale* dell'intero processo produttivo procreatico.

Innanzitutto si deve sottolineare il potenziale stress subito dal bambino *durante* la gravidanza, connesso all'anomala posizione psicologica della gestante. Come abbiamo visto, proprio per evitare processi di attaccamento che potrebbero mettere a rischio l'esecuzione del contratto (consegna del bambino al termine della gravidanza), la gestante surrogata, viene indotta a separare la sua esperienza emotiva dalla realtà fisiologica della gravidanza. È noto tuttavia che tutte le fonti di stress subite dalla madre durante la gravidanza generano effetti fisiologici ed emotivi anche nel bambino non ancora nato. Certe limitazioni al comportamento e condizioni psicologiche durante la gravidanza sembrano capaci di interferire significativamente sullo sviluppo di quella simbiosi del bambino con la madre che costituisce una componente imprescindibile del benessere nelle prime fasi dell'esistenza del nascituro, sia prima che dopo il parto²⁴.

Una seconda conseguenza avversa è costituita dal distacco *programmato* al momento del parto da quella che per il bambino è la madre. Gli studi mostrano come lo sviluppo e l'esercizio dell'apparato sensoriale (gusto, olfatto, udito) *durante* la gravidanza metta in grado il bambino di riconoscere la madre (il suo odore, la sua voce) immediatamente *dopo* la nascita. Un riconoscimento che è fonte di conforto nell'esperienza inevitabilmente traumatica della nascita e che costituisce la prima base del suo sviluppo relazionale.

Una terza, ovvia, conseguenza avversa è l'inevitabile ricorso all'allattamento artificiale nel caso dei bambini nati dopo una gravidanza per conto terzi. Come noto, l'allattamento artificiale, pur con tutti i miglioramenti dovuti allo sviluppo scientifico e tecnologico, rimane solo una opzione sostitutiva e comporta rischi sanitari specifici che sono ragionevoli solo quando l'allattamento naturale non sia fisiologicamente possibile. Da questo punto di vista, per il benessere del bambino, sarebbe opportuno che i contratti di utero in affitto includessero anche l'allattamento da parte della gestante surrogata. Tuttavia, per tutti i motivi discussi in precedenza, questa opzione non viene di solito considerata, dal

²⁴ G. MIELI, *Il bambino non è un elettrodomestico*, Milano 2017.

momento che farebbe crescere i rischi di non esecuzione del contratto, favorendo l'attaccamento tra la donna e il bambino.

Un'ultima conseguenza avversa è la negazione programmata di importanti informazioni riguardo alla propria storia personale. Non si tratta solo dell'anonimato programmato per quanto riguarda l'identità genetica (che riguarda tutto il processo procreatico, non solo la fase dell'utero in affitto), ma anche dell'anonimato della donna che ha portato in grembo e partorito il bambino. La conoscenza della propria storia personale fin dai primi momenti dell'esistenza, di chi ci ha portato in grembo e partorito, è una componente importante della formazione della identità personale, anche in assenza di un legame genetico²⁵.

7. Conclusioni

In questo saggio le caratteristiche e le conseguenze personali e sociali della pratica dell'utero in affitto sono state analizzate secondo una prospettiva economica. La cessione della gravidanza a favore di terzi è solo la fase terminale di un processo produttivo, quello procreatico, che ha dato luogo ad una vera e propria catena globale del valore. Nell'articolo è stata esaminata la natura delle transazioni per la fornitura di tale servizio, con una particolare attenzione alla natura dei contratti che le regolano e alle loro intrinseche caratteristiche di incompletezza.

La natura della prestazione rende i contratti per l'affitto dell'utero incerti, soggetti a elevati costi di transazione, con rischi accentuati di sfruttamento della fornitrice del servizio, che in genere si trova in una posizione di svantaggio economico. Inoltre questa pratica procreatica produce programmaticamente effetti avversi sul bambino. Per l'economista si tratta di esternalità negative che mettono in discussione la capacità di

²⁵ Questa ovvia considerazione è stata riconosciuta in varie sentenze a favore del diritto alla integrità personale di chi è stato adottato. A questo proposito si veda J. TOBIN, *To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy?*, in *International and Comparative Law Quarterly* 63.2 (2014) 317-352 che, tra gli altri, cita il caso di una sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani che ha giudicato violata la privacy di un giovane uomo al quale era stato negato il diritto di conoscere l'identità di chi si era preso cura di lui durante il periodo della propria prima infanzia in cui era stato affidato allo Stato.

questo specifico mercato di massimizzare il benessere sociale. Ma sembra evidente che dovrebbero essere ancora prima valutate sul piano del rispetto dei diritti della persona. Mentre infatti gli attori adulti scelgono deliberatamente lo scambio, con tutte le conseguenze che esso porta sul piano personale, lo stesso non può dirsi del bambino che di fatto le subisce.

L'analisi proposta, confermata dall'evidenza offerta dalle realtà in cui l'utero in affitto è già una pratica consentita dalla legge, mette in dubbio l'efficacia di una qualsiasi regolamentazione dell'utero in affitto, sia con finalità economiche che in una qualche forma *solidale*. La tecnologizzazione della riproduzione tende inevitabilmente a trasformare i rapporti tra i soggetti che a diverso titolo partecipano alla filiera procreatica in rapporti *economici*. Innanzitutto l'utilizzazione delle tecniche procreative richiede investimenti, competenze tecnico-scientifiche e capacità organizzative rilevanti, che difficilmente potrebbero essere rese disponibili in modo completamente solidaristico. Inoltre tutte le transazioni che, almeno in teoria, coinvolgono individui (come nel caso della concessione della gravidanza) e che potrebbero realizzarsi come «atto gratuito di solidarietà umana», evitando «la riduzione d'ogni realtà dell'esistenza a merce commerciabile», generano inevitabilmente interessi economici per terzi (le imprese della filiera), che operano con finalità di lucro. Inoltre la stessa natura delle motivazioni personali mette seriamente in discussione questa possibilità, facendola apparire come una petizione di principio fortemente disancorata dalla realtà. I confini tra un accordo solidale e una transazione di mercato sarebbero difficilmente definibili sul piano regolamentare, condannando con ogni probabilità qualsiasi legge ad una sua continua «riscrittura» giurisprudenziale. È bene inoltre ricordare che il problema delle esternalità negative a sfavore del bambino non sarebbe minimamente intaccato da una ipotetica realizzazione solidale della gestazione per conto terzi.

Un'ultima considerazione merita di essere fatta con riferimento alla proposta di rendere l'utero in affitto un reato universale, attualmente in discussione nel Parlamento italiano. Dal punto di vista della logica economica la proposta appare assolutamente coerente per chi considera incompatibile con la dignità umana questa pratica. La filiera procreatica è una filiera globale e la stessa logica economica tende a spostare le fasi del processo produttivo in contesti dove il costo dei fattori è minore (minore reddito medio) e i vincoli di legge e le garanzie per le persone meno

stringenti (con la possibilità di ridurre i costi contrattuali). Viene semmai da chiedersi se lo stesso ragionamento non possa essere ampliato nella sua portata: l'utero in affitto, infatti, porta alle estreme conseguenze il controllo tecnologico della riproduzione umana che contraddistingue *tutto* il processo produttivo procreatico. Le conseguenze avverse di questa scelta collettiva, probabilmente, vanno molto oltre la subordinazione della riproduzione alle logiche del mercato.