

MATERNITÀ SURROGATA. UN NUOVO IMPEDIMENTO?

Le nuove tecniche di procreazione artificiale, permettendo la dissociazione della generazione dall'amore coniugale e dai gesti che lo esprimono, portano ad una frammentazione delle figura materna in una serie di figure femminili fra loro indipendenti e tutte, a diverso titolo, «materne». Diventa talvolta arduo definire la qualità della relazione intercorrente tra un figlio generato secondo queste singolari modalità e le diverse figure «materne» e ciò rende delicata anche la applicazione di categorie canoniche tradizionali come affinità e consanguineità.

In questo nostro intervento vorremmo prendere in considerazione prima di tutto la questione delle cosiddette madri gestazionali, ma anche questioni simili ad essa correlate, come quella delle madri su commissione e quella della donazione di gameti, sempre nella prospettiva dell'insorgere di possibili impedimenti matrimoniali.

Svolgeremo sinteticamente il tema in quattro punti: descrizione delle diverse fattispecie; considerazioni antropologiche sulla consanguineità; appunti di diritto comparato sulla maternità surrogata; conseguenze canoniche della maternità surrogata e del dono di gameti. Nella conclusione faremo alcune ipotesi su possibili sviluppi e chiarificazioni della norma canonica in riferimento alla maternità surrogata.

1. Descrizione delle fattispecie

Le tecniche di *fecondazione omologa* o *intraconiugale* sia intracorporee sia extracorporee, sia in connessione con l'atto coniugale, sia indipendenti dall'atto coniugale, pur presentando delicati problemi etici, non pongono problemi nuovi

in ordine alla consanguineità rispetto ai figli così generati.

Problemi o dubbi riguardo al realizzarsi della consanguineità pongono, invece, tre situazioni nell'ambito della fecondazione artificiale eterologa o extraconiugale: la donazione di gameti, sia ovuli sia spermatozoi, la maternità surrogata su commissione e la maternità surrogata gestazionale.

La *donatrice di ovociti* che saranno usati per dare origine a embrioni che un'altra donna porterà in grembo può essere definita una madre biologica o genetica (*mater genetica*). Analogamente il donatore del seme che ha dato origine ad una creatura può esserne considerato il padre biologico o genetico.

La madre surrogata gestazionale (*mater gestans*) è la donna che ha accolto un embrione concepito da altri, con l'impegno di consegnarlo ad una coppia determinata («*perspective*» o «*intended parents*») a nascita avvenuta. Nel caso più frequente, l'embrione può essere concepito con l'ovocita di una donna che è fertile, ma che non può portare a termine una gravidanza, così che, dopo la gestazione e il parto, il neonato verrebbe riconsegnato a colei che è madre genetica, ma non gestazionale. Questa situazione, nota al pubblico italiano con l'espressione giornalistica di «utero in affitto», viene denominata in inglese «*gestational surrogacy*» e ci si riferisce talora a questa metodica denominandola «*host method*». La donna coinvolta viene detta in italiano «madre gestazionale», in inglese «*gestational carrier*» (portatrice gestazionale), in francese «*mère porteuse*» (madre portatrice), in tedesco «*Leihmutter*» o «*Mitmutter*» (madre in affitto o in prestito) e con termini analoghi nelle diverse lingue.

La madre gestazionale deve essere distinta da un'altro tipo di madre surrogata, la *madre su commissione*, la donna, cioè, che, attraverso la fecondazione dei suoi ovociti con tecniche artificiali, ha concepito un embrione, lo porta in grembo e, dopo la nascita, lo consegna a una coppia con la quale è stato stretto un accordo previo. Tale situazione è detta in inglese «*traditional surrogacy*» o «*straight method*». La madre su

commissione, a differenza della *porteuse*, è in effetti, una madre naturale che si impegna a dar via il suo bambino concepito con il seme di un uomo che non è suo marito. Potrebbe darsi, per esempio, che il marito di una donna sterile, attraverso una fecondazione artificiale, faccia un figlio con una madre surrogata, dopo che questa si è impegnata a consegnare il neonato a lui e a sua moglie. Potrebbe darsi anche il caso che un *partner* di una coppia di maschi omosessuali faccia un figlio con una madre surrogata e che questa si impegni a darlo alla coppia omosessuale per l'adozione (ove è permessa) o al padre naturale che lo riconosce come suo¹.

In entrambe le forme di surrogazione, si denomina *surrogazione altruistica* la situazione in cui la madre surrogata non riceve alcun compenso per la gravidanza che porta a termine per conto di un'altra donna e vengono rimborsate solo le spese vive legate alla gestazione (spese mediche, abiti idonei ecc.). Spesso le madri gestazionali altruistiche sono amiche o congiunte della madre che ha concepito l'embrione e questo può portare a intricati cortocircuiti relazionali quando, per esempio, la madre gestazionale è sorella della madre genetica e si trova ad essere madre (gestazionale) e zia dello stesso bambino.

Nella *surrogazione commerciale*, invece, una donna viene pagata per svolgere il suo compito. Di solito si tratta di maternità gestazionali compiute per conto di famiglie facoltose da parte di donne indigenti in paesi — come l'India — dove questa pratica è legale.

2. Considerazioni antropologiche sulla consanguineità

Maternità e paternità umana sono definite da una molteplicità di elementi fra loro intersecantisi e interagenti: fi-

¹ Nel caso di una coppia di lesbiche, se una si fa inseminare con seme di donatore diventa madre naturale del concepito, con tutte le conseguenze legate alla consanguineità.

sici, psico-affettivi, culturali, legali. Nella generazione umana le realtà biologiche sono parte integrante della sfera personale e non possono essere separate dalle loro risonanze psichiche e dai conseguenti riflessi sociali e giuridici. L'ideale antropologico è che le diverse dimensioni della genitorialità siano accolte e vissute armoniosamente e che, attraverso l'amore coniugale, si realizzi in pienezza la potenziale fecondità di ciascuna persona che non è semplice fecondità fisica, ma fecondità che promana da tutta la persona.

Il figlio, per iniziare ad esistere nella sua carne, dipende dai suoi genitori i quali, facendosi «una sola carne» nell'amore coniugale, diventano padre e madre l'uno attraverso l'altro. Le dimensioni fisiche di questa dipendenza sono essenziali per comprendere la natura della cosiddetta consanguineità. Si indica con la categoria di *consanguineità* il vincolo esistente fra coloro che discendono per via di generazione da uno stesso ceppo e, quindi, prima di tutto fra genitori e figli e tra fratelli e sorelle che condividono almeno uno dei genitori. La *consanguinitas* viene classicamente definita dall'Ostiense «*vinculum personarum ab eodem stipite descendentium, carnali propagatione contractum*»² e questa — in sostanza — resta la comprensione della consanguineità anche nella dottrina canonistica attuale³.

Il matrimonio fra consanguinei e, in modo particolare, fra genitori e figli sembra essere stato prosritto in pressoché ogni cultura e in ogni tempo, tanto che l'antropologia

² ENRICO DA SUSA, *Summa Aurea*, lib. 4, tit. 16, a. 1.

³ Si veda, per esempio, la definizione di consanguineità, proposta in A. D'AURIA, *Gli impedimenti matrimoniali*, Roma 2002, 181: «La consanguineità, come la stessa parola indica, è quella relazione che si stabilisce nella comunione di sangue attraverso il processo generativo. Consanguineo infatti significa essere dello stesso sangue, appartenere alla stessa stirpe e si riferisce alla prossimità delle persone basata sulla successione comune per generazione carnale».

culturale riconosce nel *tabù dell'incesto* una delle costanti della specie umana. Si discute, nell'ambito della psicologia e della antropologia culturale, sulle ragioni di questa proibizione: accanto alla teoria della naturale ripulsa psicologica per l'incesto elaborata da Havelock Ellis, ripresa di recente in prospettiva evoluzionista (effetto Westermarck), e alla sempre ripetuta teoria dei danni biologici alla prole derivanti dall'*inbreeding*, nei classici studi di C. Lévi Strauss si sottolinea che la proibizione dell'endogamia è piuttosto finalizzata a promuovere l'esogamia, cioè la ricerca del *partner* al di fuori del gruppo per stringere relazioni di amicizia ed alleanza fra gruppi umani diversi (teoria dell'alleanza)⁴.

San Tommaso, riassumendo l'insegnamento tradizionale della dottrina teologica e canonistica, scrive che la ragione per cui la consanguineità impedisce il matrimonio è triplice: il bene dei figli, il contenimento dei desideri sessuali disordinati e la promozione dell'amicizia⁵. Parafrasando l'Aquinate

⁴ C. LÉVI STRAUSS, *Les structures élémentaires de parenté*, Paris 1949 (1967²). Uno *status quaestionis* in A.P. WOLF – W.H. DURHAM, ed., *Inbreeding, Incest, and the Incest Taboo: The State of Knowledge at the Turn of the Century*, Stanford (Cal) 2004.

⁵ S. TOMMASO, *Super Sententiis.*, lib. 4, d. 40, q. 1, a. 4, arg. 5: «Sed causa quare consanguinitas impedit matrimonium, est bonum prolis, repressio concupiscentiae, et multiplicatio amicitiae, ut ex dictis patet, quae omni tempore necessaria aequaliter sunt». Per una trattazione dell'*impedimentum* di consanguineità aggiornata al diritto vigente vedere K.E. BOCCAFOLA, «Gli impedimenti relativi ai vincoli etico-giuridici tra le persone: affinitas, consanguinitas, publica honestas, cognatio legalis (cann. 1091-1094)», in *Diritto Matrimoniale Canonico*, Studi giuridici 56, Città del Vaticano 2002, 555-568; A. MORONI, «I matrimoni tra consanguinei: legislazione canonica, struttura, evoluzione, conseguenze genetiche sui discendenti e aspetti socio-economici della consanguineità», in A. MORONI – C. PINTO – M. BARTOLUCCI, ed., *Sacramenti, Liturgia, Cause dei Santi. Studi in onore del Cardinale Giuseppe Casoria*, Napoli 1992, 295-381; P. PELLEGRINO, «L'impedimento di consanguineità nel matrimonio canonico (can. 1091 CIC e can. 808 CCEO)», *Il Diritto ecclesiastico* 112 (2001) 1311-1343.

potremmo dire che le ragioni da lui addotte contro il matrimonio incestuoso corrispondono *mutatis mutandis* alle ipotesi interpretative moderne: il danno che viene alla prole dall'*inbreeding*, il turbamento psichico derivante da possibili desideri erotici per persone intimamente legate fra loro e da confusione nelle relazioni intrafamiliari, i mancati vantaggi sociali provenienti dall'esogamia (la *amicitia*⁶).

Nella Tradizione occidentale, l'elemento essenziale della *consanguinitas* era ritenuto, come dice la parola stessa, la *comunanza di sangue*. Gli antichi filosofi e scienziati discutevano se esistesse un seme femminile analogo a quello maschile e se il seme derivasse o no da ogni parte del corpo del genitore, ma tutti concordavano nel ritenere che tanto il principio maschile quanto quello femminile della generazione derivassero dal sangue del padre e della madre rispettivamente⁷. A partire dalla fisiologia peripatetica, san Tommaso spiega che il vincolo che si contrae attraverso la «*propagatio carnalis*» si dice «*consanguinitas*» e non «*carnalitas*» perché provengono ultimamente dalla elaborazione del sangue sia l'elemento femminile, da lui ritenuto passivo, sia l'elemento maschile, da lui ritenuto l'unico attivo⁸.

⁶ Lo stesso Tommaso spiega, rimandando ad Agostino, che non dovrebbe essere impedita la *multiplicatio amicitiae* (AGOSTINO, *De civitate Dei*, XV, 16).

⁷ Cf. ARISTOTELE, *De generatione animalium* I, 19, 726a-b. Sulla recezione medievale di questa teoria della fisiologia antica cf. L. COVA, «I principi della generazione umana: tradizione medica e filosofia aristotelica nelle discussioni teologiche del XIII secolo», *Esercizi filosofici* 6 (2002) 45-58; L. SILEO, «Filosofia, medicina e teologia. Il concepimento di Maria nella svolta teoretica di Duns Scoto», in M. CARBAJO NÚÑEZ, ed., *Giovanni Duns Scoto. Studi e ricerche nel VII centenario della morte*, II, Roma 2007, 39-89.

⁸ S. TOMMASO, *Super Sententiis*, lib. 4 d. 40 q. 1, a. 4 arg. 5: «Ad quantum dicendum, quod illud quod proxime convertitur in semen, est sanguis, ut probatur in 15 *De animalibus*; et propter hoc, vinculum quod ex propagatione carnali contrahitur, convenientius dicitur consanguinitas quam

Rileggendo queste antiche idee nel contesto della scienza moderna e delle nostre conoscenze sui principi attivi della generazione sessuata, i gameti, e sull'importanza dell'informazione genetica da essi veicolata per definire l'individualità dei figli, possiamo affermare che maternità e paternità biologica sono essenzialmente definite dalla condivisione e trasmissione ai figli della identità genetica dei genitori⁹. Per questa ragione i *test* eseguiti in ambito forense nei casi di dubbia paternità e maternità consistono sostanzialmente nel riconoscimento della condivisione della informazione genetica propria di un certo individuo con i supposti figli. Dal punto di vista biologico gli esseri umani appartengono tutti alla stessa sottospecie e condividono il genoma tipico dell'*Homo sapiens sapiens*, ma i genitori trasmettono ai figli le peculiarità genetiche, vantaggiose o svantaggiose, proprie della loro individualità biologica e, mediante il fenomeno dell'*imprinting* genetico, regolano funzione ed espressione dell'informazione trasmessa¹⁰. Attraverso l'informazione genetica apportata da ciascun gamete all'atto di formazione dello zigote al concepimento, i due genitori sono all'origine dell'informazione genetica propria del nuovo individuo e questa informazione genetica è la base imprescindibile per lo sviluppo della sua persona nelle sue peculiarità psico-fisiche.

carnalitas; et quod aliquando unus consanguineus dicitur esse caro alterius, hoc est inquantum sanguis qui in semen viri aut menstruum convertitur, est potentia caro et os».

⁹ Contrariamente a quello che gli Antichi, specie i Peripatetici, pensavano sul ruolo della donna nella generazione, oggi sappiamo che l'apporto della madre nel concepimento e, in particolare, nel costituire l'identità genetica del figlio è pari e anzi, leggermente superiore, a motivo del DNA mitocondriale di origine esclusivamente materna, a quello del padre.

¹⁰ S. TOMMASO, *Super Sententiis* (cf. nt. 8): «Virtus autem generantis movet non solum quantum ad id quod est speciei, sed etiam quantum ad id quod est individui, ratione cujus filius assimilatur patri etiam in accidentalibus, non solum in natura speciei».

La nozione tradizionale di consanguineità si può, dunque, riportare a questa condivisione delle peculiarità genetiche la quale stabilisce una relazione di vicinanza biologica fra i genitori e i discendenti e, di conseguenza, fra coloro che discendono dalla stessa coppia genitoriale o che hanno almeno un genitore in comune. Urbano Navarrete, in un articolo dedicato ai riflessi canonici delle tecniche di procreazione artificiale, scriveva: «*In iure canonico, sicut etiam in ceteris ordinamentis iuridicis, consanguinitas fundatur in facto communis originis seu procedentiae geneticae*»¹¹.

Di conseguenza — continua l'illustre canonista — con la parola *genitori* «*intelliguntur illae personae ex quibus proveniunt gameta, quorum unio originem dat novo enti humano*» e conclude non esserci dubbio che

*fundamentum consanguinitatis consistere in communi origine genetica, id est, in facto quos semina (gameta) vel saltem unum, sive masculinum sive foemininum, ex quibus «consanguinei» generati sunt, proveniant, sive immediate sive mediate iuxta diversos gradus, ab iisdem personis /genitoribus vel progenitoribus*¹².

Identificare la consanguineità con la condivisione di una peculiare informazione genetica porta a riconoscere l'evento biologico essenziale per il realizzarsi della consanguineità nella formazione dello zigote, quando, durante il processo del concepimento, il materiale genetico apportato dal gamete maschile e da quello femminile danno origine alla nuova individualità genetica del figlio e, in ultima

¹¹ U. NAVARRETE, «Novae methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale», *Periodica* 77 (1988) 90. Cf. P. MALCANGI, «Tecniche di fecondazione artificiale e diritto matrimoniale canonico», *Quaderni di diritto ecclesiale* 11 (1998) 410: «La relazione oggettiva di consanguineità si fonda sulla *communis origo genetica* delle persone».

¹² U. NAVARRETE, «Novae methodi» (cf. nt. 11), 90.

analisi, al nuovo individuo. Data la centralità assunta dal concepimento in questa comprensione della consanguineità, per stabilire la *relatio* di consanguineità non è rilevante stabilire se il nuovo essere è stato procreato in modo naturale o artificiale, se attraverso una unione sessuale o senza di essa, se la gestazione è avvenuta in modo normale o no, ma è necessario stabilire la provenienza dei gameti che hanno dato origine al nuovo essere umano. Dobbiamo chiederci, insomma, chi sono le persone che, attraverso i loro gameti, hanno dato origine a quella creatura. La stessa formula classica secondo la quale la consanguineità è effetto della «*generatio per carnalem copulam*» potrebbe, pertanto, essere modificata dicendo che la *consanguinitas* è effetto della «*conceptio per commixtionem seminum seu fusionem gametum*»¹³.

A causa del rimescolamento genico che si verifica ad ogni generazione sessuata, la *relatio* di consanguineità diventa tanto più debole quanto più ci si allontana dai capostipiti. La interpretazione genetica della consanguineità e la conoscenza dell'apporto materno, accanto a quello paterno, permettono di comprendere perché i figli non sono una semplice copia del padre e perché la consanguineità si stemperi — per così dire — passando da una generazione all'altra. San Tommaso, nel suo orizzonte culturale, aveva qualche problema in più a spiegare questi fenomeni:

Virtus autem generantis movet non solum quantum ad id quod est speciei, sed etiam quantum ad id quod est individui, ratione cujus filius assimilatur patri etiam in accidentalibus, non solum in natura speciei; nec tamen individualis virtus patris ita perfecte in filio est sicut in patre erat, et adhuc in nepote minus, et sic deinceps debilitatur; et inde est quod virtus illa

¹³ A ben guardare la nuova formulazione è solo una specificazione della formulazione tradizionale perché, in ultima analisi, precisa che per *generatio* si deve intendere la *conceptio* del nuovo essere.

*quandoque deficit, ut ultra procedere non possit. Et quia consanguinitas est inquantum multi communicant in tali virtute ex uno in multos per propagationem deducta, paulatim se consanguinitas dirimit, ut Isidorus dicit; et ideo non oportet accipere stipitem remotum in definitione consanguinitatis, sed propinquum, cujus virtus adhuc manet in illis qui ex eo propagantur*¹⁴.

3. La maternità surrogata nel diritto civile

Paternità e maternità hanno sempre avuto un grande rilievo nell'ordinamento giuridico, data l'importanza delle relazioni di parentela nella vita della società. Le tecniche di riproduzione artificiale, soprattutto quelle di tipo eterologo, incluse le tecniche surrogatorie, hanno contribuito a rendere più evanescenti i ruoli familiari e a rendere problematica la regolazione biopolitica dei rapporti di generazione. Lo stesso assioma del Diritto romano che «*mater semper certa est*», per cui il parto veniva ritenuto la prova della maternità biologica, ora non riveste più la stessa assolutezza perché, per esempio, una madre surrogata gestazionale partorisce un neonato, ma questo è a lei geneticamente estraneo in quanto concepito con ovociti di un'altra donna.

Di fronte ai progressi della medicina nel campo della procreatica, il diritto civile ha cercato di mettere ordine riportando il più possibile le nuove situazioni alle strutture giuridiche tradizionali e ponendo divieti e limitazioni dove si vedevano violazioni di diritti o di principi giudicati essenziali per il buon funzionamento della società¹⁵. Si nota, tuttavia, un progressivo spostamento da una comprensione tradizionale delle relazioni parentali in chiave biologica, ad una comprensione sempre più svincolata dal fatto bio-

¹⁴ U. NAVARRETE, «Novae methodi» (cf. nt. 11), 90.

¹⁵ Si veda il dossier «La gestation por autrui», *Étude de législation comparée*, n. 182, janvier 2008 [accesso: 14/12/2012], http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182_mono.html.

logico a vantaggio di una comprensione costruttivista delle relazioni familiari¹⁶.

Per quanto riguarda la *donazione di seme e di ovociti*, là dove è permessa la fecondazione eterologa è ovviamente permesso donare sperma e ovociti e, di conseguenza, è permesso organizzare banche dei gameti. La legge civile tende a non dare rilievo alla circostanza della donazione e sono riconosciuti come genitori legali del bambino i membri della coppia che ha praticato l'eterologa.

In rapporto alla eterologa, un problema di capitale importanza per la consanguineità riguarda la rintracciabilità dei donatori. Il diritto alla *privacy* del donatore di gameti sembra scontrarsi con il diritto di ciascuno di conoscere le proprie origini così che alcune legislazioni permettono di risalire al nome del donatore e altre no. In genere si limita per legge anche il numero di donazioni di gameti per ciascun donatore per non moltiplicare il rischio che in futuro, non conoscendo la loro consanguineità genetica, i figli dell'eterologa possano incontrarsi e sposarsi fra loro.

Riguardo alla maternità surrogata, la giurisprudenza è disomogenea e il diritto positivo in continua ridefinizione¹⁷.

¹⁶ In effetti il diritto ha sempre conosciuto aspetti di convenzionalità nel campo della filiazione. Il diritto bizantino sulla adozione si basava sul principio che «adoptio naturam imitatur» (*Institutiones* I, 11 §4) e sottolineava così l'artificialità del rapporto di filiazione adottiva. «Nella mentalità giuridica greca — scrive la Russo-Ruggeri — l'adozione non sarebbe stata diretta, come a Roma, ad instaurare un rapporto potestativo tra adottante e adottato, ma solo a creare, tra i due, un vincolo di parentela artificiale». V. RUSSO-RUGGERI, *La Datio in adoptionem*. II. *Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, Messina 1995, 8. In particolari contesti giuridici, come nelle leggi dell'antica Mesopotamia, una donna sterile poteva acconsentire che il marito mettesse incinta una concubina, per evitare di essere ripudiata, e il neonato era riconosciuto come figlio della moglie legittima: questo costume, riflesso nella storia di Agar ed Ismaele nel ciclo di Abramo (cf. *Gen* 16, 2).

¹⁷ Si vedano alcune presentazioni d'insieme: I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano 2000; G. COLLURA – L. LENTI – M. MANTOVANI,

Il primo paese a doversi confrontare con le questioni legali della maternità surrogata furono gli Stati Uniti dove la pratica della maternità surrogata nella forma della madre su commissione data dalla fine degli anni '70. Clamorose controversie giudiziarie contribuirono a chiarire i termini bioetici e giuridici del problema.

Fece scalpore nel 1986 il caso di Mary Beth Whitehead che aveva sottoscritto un contratto con i coniugi Stern come madre surrogata su commissione (sia genetica sia gestazionale), ma poi non voleva cedere loro la piccola Melissa, nota come «Baby M.». La Corte Suprema del New Jersey decise che Mary Beth era la madre legale della bambina e che il contratto di surrogazione era nullo. Preferì, tuttavia, affidare la custodia della piccola Melissa al suo padre genetico, William Stern e a sua moglie Elizabeth, anche se la madre surrogata ottenne il diritto di visita¹⁸.

La Corte Suprema della California prese una posizione molto importante nel 1993 nella causa Johnson v. Calvert riguardante una maternità gestazionale¹⁹. Ann Calvert aveva accettato di fare da madre gestazionale al figlio concepito dai coniugi Johnson. Una volta nato il bambino, Ann non aveva voluto dare ai Johnson il bimbo. La Corte affermò che, in base alla legge, potevano essere considerate «matri» sia la donna che aveva determinato la nascita di un bambino con l'intenzione di crescerlo, sia la donna che

«Filiazione», in P. ZATTI, ed., *Trattato di Diritto di famiglia*, II, Milano 2002, 699-708; A.B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano 2002; S. MARKENS, *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction*, Berkley 2007.

¹⁸ Cf. M.B. WHITEHEAD – L. SCHWARTZ, *A Mother's Story: The Truth About the Baby M. Case*, New York 1989.

¹⁹ Cf. G.J. ANNAS, «Using Genes to Define Motherhood. The California Solution», *New England Journal of Medicine* 26 (1992) 417-420; M. ROSE, «Mothers and Authors: Johnson v. Calvert and the New Children of Our Imaginations», *Critical Inquiry* 22 (1996) 613-633.

lo aveva portato in grembo e partorito²⁰. Il padre naturale era indiscutibilmente Mark Johnson. In vista del «miglior interesse» («*best interest*») del bambino, esso fu assegnato ai Johnson come genitori legali.

Una terza importante controversia ha avuto luogo nel 2003 in Pennsylvania. Fino a quel momento, l'orientamento dei Tribunali era di dare ragione, nel caso di conflitto di paternità, a coloro che avevano donato il loro ovulo o il loro seme, ma il giudice Shad Connelly in quella occasione dette ragione alla madre gestazionale che aveva partorito tre gemelli sottolineando che i genitori intenzionali non erano stati presenti al parto e non avevano fatto registrare allo Stato civile i due bambini nella settimana successiva alla loro nascita. La Corte, in assenza di una legislazione *ad hoc* e di precedenti chiari, considerò che l'interesse dei bambini prevaleva sul contratto stipulato. La decisione fu, però, ribaltata dalla Corte superiore della Pennsylvania nel 2006 e i genitori intenzionali furono riconosciuti come genitori legali.

Attualmente forme di maternità surrogata non commerciale sono ammesse in 11 stati della Unione (Arkansas, Florida, Illinois, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Oregon, Texas, Utah, Virginia e Washington). Ci sono forti spinte per legalizzare anche la maternità surrogata commerciale²¹.

In Canada l'*Assisted Human Reproduction Act* vieta la surrogazione commerciale, ma non la surrogazione altruistica.

Negli Stati dell'Australia la madre surrogata è ritenuta la madre legale del neonato e gli accordi per passare il bam-

²⁰ Nella *conclusione* della sentenza si diceva, fra l'altro: «Recent advances in medical technology have made it possible for the human female reproductive role to be divided between two women, the genetic mother and the gestational mother». <http://faculty.law.miami.edu/zfen-ton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf> [accesso 14/12/2012].

²¹ J.L. CUMMING, «The Proposed Uniform Parentage Act and Surrogate Motherhood», <http://www.mfc.org/resources/backgrounders/UniformParentage.html> [accesso del 14 dicembre 2012].

bino ad altri sono ritenuti nulli. Fece scalpore nel 2006 il caso del senatore Conroy e di sua moglie Paula Benson che si accordarono per un dono di ovocita e per una maternità gestazionale. Conroy fu indicato nel certificato di nascita del bimbo come «padre» e questo — dal nostro punto di vista — è del tutto ovvio, ma la cosa fece clamore. Dal 2010 la maternità surrogata altruistica è permessa nello Stato di Victoria e nel Queensland.

La maternità surrogata è proibita nella maggior parte dei Paesi dell'Unione europea, ma anche qui il diritto è in movimento. La situazione francese è emblematica. In Francia ogni forma di «maternità per conto terzi» («*maternité pour autrui*»), sia essa la gestazione per conto terzi («*gestation pour autrui*»), sia la procreazione per conto terzi («*procréation pour autrui*»), è illegale. Il *Codice Civile* dispone che «qualunque accordo sulla procreazione o la gestazione per conto d'altri è nullo»²². Secondo una sentenza della *Corte di Cassazione* del 1991

l'accordo con il quale una donna si impegna, sia pure a titolo gratuito a concepire e portare un bambino per abbandonarlo alla nascita contravviene sia al principio di ordine pubblico di indisponibilità del corpo umano sia a quello della indisponibilità dello stato delle persone²³.

Sotto la spinta di diversi casi succedutisi negli anni, nel marzo del 2009 il Consiglio di Stato ha emesso una nota («*avis*») che preconizzava il mantenimento del divieto di maternità gestazionale, ma proponeva che

²² *Code civil*, art. 16-7: «Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle».

²³ COUR DE CASSATION, 17/12/2008: «La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes».

la situazione giuridica dei bambini nati all'estero attraverso il ricorso a questa pratica sia regolata di modo che essi non siano penalizzati per il fatto che i loro genitori intenzionali hanno fatto ricorso ad una pratica proibita in Francia²⁴.

A questo proposito, merita di essere segnalato un caso spagnolo del 2009. Una coppia omosessuale aveva commissionato un figlio (*sic!*) ad una madre gestazionale in California. Tornati in Spagna i due avrebbero voluto registrare gli atti di affiliazione nei registri di Stato civile, ma questo era stato rifiutato. Alla fine, il 18 febbraio 2009, la *Dirección General de los Registros y del Notariado* ha accettato la richiesta e permessa la registrazione.

In Italia il Legislatore è molto deciso nella proibizione della maternità surrogata, prevedendo per i trasgressori pene pecuniarie ingenti (da 60 mila a un milione di euro) e la reclusione da 1 a 3 anni per chi la «realizza, organizza o pubblicizza»²⁵. Restano sul tappeto le questioni concernenti la individuazione della madre, lo status del nato, la valenza di questi accordi privati e di queste incertezze i riflessi si vedono in giurisprudenza italiana dove — come altrove — i tentativi di riportare questa forma di generazione certamente non «naturale» alla generazione «naturale» si alternano con i tentativi di percorrere vie nuove²⁶.

²⁴ CONSEIL D'ETAT, Avis 6/5/2009: «La situation juridique des enfants nés à l'étranger par recours à cette pratique soit aménagée, de façon que ceux-ci ne soient pas pénalisés par le fait que leurs parents d'intention ont eu recours à une pratique interdite en France».

²⁵ Legge 19/02/2004, n. 40 art. 12 comma 6. Cf. G. COLLURA – L. LENTI – M. MANTOVANI, «Filiazione» (cf. nt. 17), 702-708.

²⁶ In Italia la prima pronuncia su una ipotesi di surrogazione fu fatta dal Tribunale di Monza il 27 ottobre 1989 il quale dichiarò nullo il contratto stipulato con una coppia committente e dette ragione alla madre surrogata che aveva concepito un figlio con il seme dell'uomo membro della coppia committente (era, quindi, madre naturale a tutti gli effetti). In tempi più recenti il Tribunale di Roma con ordinanza del 17 febbraio 2000 ritenne

In alcuni paesi europei extracomunitari surrogazione e donazione di gameti sono del tutto legali. In Ucraina genitori legali sono la coppia destinataria del neonato, non i donatori di gameti né le madri surrogate. In Georgia sia la donazione di gameti sia la surrogazione altruistica e commerciale sono legali dal 1997 e né i donatori di gameti, né le madri surrogate hanno diritto sul neonato.

In Giappone la surrogazione è proibita e i medici coinvolti in surrogazione commerciale sono puniti.

Singolare il caso dell'Arabia Saudita. Non è permesso il ricorso a madri surrogate, ma, fra le tecniche di ripristino della fertilità, è accettato anche il trapianto di utero²⁷.

La situazione dell'India è sconcertante. Non esiste fino ad oggi una legge sulla maternità surrogata, ma nel 2005 l'*Indian Council of Medical Research* (ICMR) ha emesso alcune linee-guida per regolare il fenomeno della surrogazione e, in assenza di provvedimenti legislativi, queste linee-guida hanno aperto la strada ad una pratica notevole della surrogazione²⁸. Come è intuibile, le donne degli ambienti poveri si offrono più facilmente come madri surrogate a pagamento

legittima la pretesa contrattuale che la madre gestazionale portasse a compimento la gestazione dell'embrione prodotto con i gameti di una coppia (la madre surrogata era solo madre gestazionale). In questo secondo caso fu, però, riconosciuta alla madre gestazionale o uterina la facoltà di partecipare alla crescita del bambino da lei partorito. Cf. G. COLLURA – L. LENTI – M. MANTOVANI, «Filiazione» (cf. nt. 17), 702 e note 352-356.

²⁷ Superati i problemi tecnici e le eventuali difficoltà psicologiche, non ci sono ragioni morali per proibire in modo assoluto un intervento siffatto come sarebbe, invece, nel caso del contemporaneo trapianto ortotopico di ovaie che — se riuscito — porterebbe ad una forma raffinatissima di eterologa. Si veda R. CATSANOS – W. ROGERS – L. MIANNA. «The ethics of uterus transplantation», *Bioethics* 27 (2013) 65-73.

²⁸ INDIAN COUNCIL OF MEDICAL RESEARCH, «Guidelines for ART Clinics in India», cap. 3.10.1-8, http://www.imcr.nic.in/art/Chapter_3.pdf [accesso 14/12/2012]. Il progetto di legge sulla riproduzione assistita presentato nel 2010 legittima la surrogazione e ne detta regole giuridiche per la attuazione. Vedere A. BAILEY, «Reconceiving Surrogacy: Toward

per persone facoltose in India e, soprattutto, in paesi occidentali in cui la surrogazione è proibita.

4. Conseguenze canoniche del dono di gameti e della surrogazione

Il diritto canonico ha da sempre conosciuto casi in cui le diverse componenti fisiche, psichiche e sociali della paternità e della maternità, per una qualche ragione, non sono state coincidenti e ha cercato di tenerne conto nel contesto di un quadro normativo tendenzialmente realista. La situazione più chiara è quella costituita dalla adozione di minore in cui un bimbo senza genitori viene accolto da una coppia di sposi: la genitorialità biologica è qui separata dalla genitorialità psicologica e legale e questo legame di natura psichica e legale vale a costituire un impedimento matrimoniale, quello di *cognatio legalis*. Ci possono essere anche situazioni, per esempio, in cui una donna concepisce un figlio adulterino e il marito della donna, ne diventa, consapevole o no, il padre psichico e legale: si configura in questo caso un impedimento di consanguineità (in genere occulto) fra il figlio adulterino e gli altri figli nati dal medesimo padre naturale. Attualmente il diritto canonico — come il diritto civile — si deve confrontare con le situazioni nuove e sconcertanti create dalle tecniche di procreazione artificiale: esse non solo possono *separare* la trasmissione della vita dall'amore degli sposi e dai gesti che lo incarnano, ma possono anche causare *frammentazione* delle diverse dimensioni o aspetti della maternità e della paternità. Un bambino, infatti, può essere stato concepito con gameti di donatore, il padre o la madre genetici, portato in grembo e partorito da una madre gestazionale, accolto e riconosciuto legalmente come figlio di *partners* di una coppia sterile che diventano i genitori sociali e legali.

a Reproductive Justice Account on Surrogacy Work in India», *Hyphatia: A Journal of Feminist Philosophy* 26 (2011) 2; 4.

Dal punto di vista morale, il Magistero cattolico si è espresso in modo negativo sull'ipotesi di fecondazione eterologa e sulla cessione di gameti (cf. *Donum Vitae* II, A 2) ed ha riprovato in modo chiaro ogni forma di maternità surrogata²⁹. Nell'istruzione *Donum vitae* si legge:

La maternità surrogata rappresenta una mancanza oggettiva di fronte agli obblighi dell'amore materno, della fedeltà coniugale e della maternità responsabile; offende la dignità e il diritto del figlio ad essere concepito, portato in grembo, messo al mondo ed educato dai propri genitori; essa instaura, a detrimento delle famiglie, una divisione fra gli elementi fisici, psichici e morali che le costituiscono (*Donum vitae*, II A 3).

Ci si chiede se il disordine morale introdotto nei rapporti di parentela dalla donazione di gameti e dalla maternità surrogata non abbia anche riflessi di ordine canonico e non possa creare impedimenti in vista di un eventuale matrimonio, per esempio, tra i figli avuti naturalmente e i figli generati attraverso le procedure artificiali e la surrogazione.

Vogliamo interrogarci, prima di tutto, sulla possibilità che queste tecniche artificiali possano instaurare una situazione di *consanguineità*.

Abbiamo visto che il fondamento essenziale della consanguineità può essere identificato con la condivisione dell'identità genetica per cui saranno consanguinei di primo grado di un neonato coloro che hanno contribuito, con i loro gameti, a dare origine a quella creatura, siano essi noti o ignoti. In questo senso — pur con ambiguità e oscillazioni — si muove parte della dottrina civilistica quando si riferisce al

²⁹ CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Istruzione *Donum Vitae*, 22/02/1987, II, A, 3: «La maternità surrogata è lecita? No, per le medesime ragioni che portano a rifiutare la fecondazione artificiale eterologa: è contraria, infatti, all'unità del matrimonio e alla dignità della procreazione della persona umana». Cf. Istruzione *Dignitas personae*, 8/09/2008, n. 12.

donatore o alla donatrice di gameti come al padre biologico o alla madre biologica. A nostro avviso, pertanto, nella *donazione di gameti* possiamo riconoscere l'esistenza di una forma singolare di consanguineità fra donatore di gameti e concepito. Non possiamo sottacere l'impressione sgradevole che può suscitare questo modo di parlare e ci rendiamo conto che c'è il rischio di svilire la dimensione personale della paternità e maternità, riducendola a un fatto meramente biologico e, addirittura, cellulare perché i gameti sono solo cellule altamente specializzate. È vero, d'altra parte, che quando si parla di gameti donati si fa riferimento a gameti donati in vista della procreazione e, quindi, espressione oscura di una volontà di procreazione, ancorché distorta, confusa e avulsa da un contesto coniugale. Se paternità e maternità non fossero artificiosamente frammentate nella loro multidimensionalità, risulterebbe chiaro che i gameti che si incontrano come effetto dell'unione sessuale non sono nient'altro che i mezzi corporei attraverso i quali si esprime la fecondità dell'amore sponsale. Il tono fisicista delle nostre affermazioni dipende dall'oggetto stesso di cui si parla perché dobbiamo riflettere su tecniche che separano in modo innaturale la trasmissione della vita dal contesto dell'amore coniugale e dei gesti che lo esprimono e feriscono le componenti personali del procreare umano. Dobbiamo parlare, insomma, in un contesto che ha già isolato e separato le componenti — di per sé antropologicamente indissolubili — della genitorialità.

Teoricamente parlando, la cessione di gameti configura una forma nuova di consanguineità, ma nei casi concreti può essere difficile stabilirne i contorni precisi dal momento che, in un contesto di fecondazione eterologa, non è sempre possibile risalire al donatore o alla donatrice dei gameti³⁰.

³⁰ Il can. 1091 §4 prescrive che «non si permetta mai il matrimonio, se sussiste qualche dubbio che le parti siano consanguinee in qualunque grado della linea retta».

La consanguineità sorta per via di fecondazione artificiale può restare dubbia perché le leggi civili negano non di rado l'accesso ai dati sui donatori di gameti e, comunque, le famiglie che hanno fatto ricorso all'eterologa cercano spesso di nascondere ai figli così nati la verità sulla loro origine. Può anche darsi, inoltre, che si verifichi una discrepanza fra una legge civile che non riconosce alcun legame di consanguineità tra i neonati e i donatori di gameti e la realtà oggettiva — radicata nei fatti della generazione — che ci porta a riconoscere l'esistenza di tale legame. La sfasatura possibile fra l'ordine della realtà fisica e quello del diritto civile è ben espressa da Urbano Navarrete quando scrive:

*In hac re bene distinguendum est inter realitatem obiectivam consanguinitatis, quae in facto genetico fundatur, et cognitionem et aestimationem in communitate, necnon eius probationem et acceptationem in ordine iuridico*³¹.

Non ci sono dubbi sulla consanguineità — a nostro avviso — neppure nel caso della *madre surrogata su commissione* che ha fatto un figlio, su commissione di un'altra donna, attraverso l'uso del seme del marito di questa. Questa madre surrogata è, a tutti gli effetti, la madre naturale del neonato e soddisfa, fra l'altro, la condizione dell'averlo anche partorito secondo l'effato che «*mater semper certa est*».

Diverso è il caso della *maternità gestazionale*. Qui non si può parlare di consanguineità perché non c'è relazione genetica specifica fra madre gestazionale e neonato³². Tanto meno si può parlare di parentela legale perché il legame fra

³¹ U. NAVARRETE, «Novae methodi» (cf. nt. 11), 90.

³² U. NAVARRETE, «Novae methodi» (cf. nt. 11), 92: «Illa mulier [...] non est mater seu “genitrix” sed tantum “nutrix” quae illum in proprio utero inde ab initio vitae embryonariae nutrit illumque gestavit usque ad tempus partus». Cf. S. CIERKOWSKI, *L'impedimento di parentela legale*, Roma 2006 (soprattutto la nota alle pp. 375-376).

madre gestazionale e neonato non sorge da adozione in senso stretto ed è ben diversa dalla relazione adottiva³³.

D'altra parte non possiamo ritenere influente lo stretto e del tutto speciale rapporto che si stabilisce, per nove mesi, fra madre gestazionale e nascituro. Se l'adozione produce un rapporto di *cognatio*, sia pure *legalis*, che impedisce il matrimonio, è ragionevole *a fortiori* tenere nel debito conto un rapporto di così intima, anche se transitoria accoglienza del nascituro da parte della madre gestazionale. L'enfasi sulla rilevanza della condivisione genetica ai fini della consanguineità non può farci dimenticare che la scienza moderna ha mostrato sempre più l'importanza della gestazione e del rapporto materno-fetale per lo sviluppo futuro della persona. Fin dai primi mesi di gestazione si svolge un tacito dialogo fra madre e feto che è essenziale per l'instaurarsi di un corretto legame (*bonding*) con la madre e che lascia tracce nel nascituro come una sorta di *imprinting* psichico³⁴. Nei confronti del nascituro la donna non può essere paragonata ad una semplice incubatrice o ad un utero artificiale, ma stringe con lui legami consci e inconsci di qualità materna e questi legami non restano senza effetti nello strutturarsi psico-fisico del nascituro³⁵.

³³ La maternità gestazionale è diversa dall'adozione vera e propria per due motivi: nell'adozione non esiste alcun rapporto fisico o naturale fra adottante e adottato, mentre la madre gestazionale ha un vincolo naturale anche se non di consanguineità con il generato. In secondo luogo, nell'adozione i genitori accolgono il bimbo in seno alla loro famiglia stabilendo con lui vincoli affettivi e sociali, mentre invece la madre gestazionale si impegna a separarsi dal bimbo portato in grembo e da lei partorito. Su queste basi è possibile differenziare la maternità surrogata dalla adozione di embrione (*adozione prenatale*).

³⁴ Cf. P. MALCANGI, «Tecniche di fecondazione» (cf. nt 11), 431: «Oltre allo scambio di sostanze nutritive [...] tra i due soggetti si stabilisce un vero e proprio legame di vita, alla cui base c'è una partecipazione di pensieri e di affettività che si rafforza sul piano dell'inconscio e perdura anche dopo la nascita».

³⁵ Le reazioni delle madri surrogate a questi legami sono diverse: alcune permettono lo sviluppo di un legame emotivo verso il figlio por-

Dal momento che la gestazione e il parto sono elementi altamente significativi della maternità, anche se non si può parlare di maternità genetica e, quindi, di consanguineità, tuttavia la madre gestazionale svolge un ruolo tipicamente materno che non si può sottovalutare: la madre gestazionale presenta il caso di una *madre non consanguinea*. Si potrebbe parlare di una nuova forma di *cognatio* e, per essere più precisi, di *cognatio ex gestatione*. Il Legislatore potrebbe prendere in considerazione la opportunità di introdurre un nuovo impedimento matrimoniale (can. 1075 §2), prodotto dalla sola gestazione del concepito, e diverso dalla «*consanguinitas*» (can. 1091) e dalla «*cognatio legalis ex adoptione orta*» (can. 1094). L'eventuale impedimento dirimente della *cognatio ex gestatione* non potendosi considerare di diritto divino, sarebbe dispensabile, anche se il Legislatore potrebbe stabilire *de iure* che esso non sia dispensabile (can. 1078 §3).

Ancora una volta richiamiamo il pensiero di U. Navarrete che propone di stabilire un nuovo impedimento riguardante la madre gestazionale e il bambino da lei portato in utero e altri bambini eventualmente portati nel medesimo utero, ma con i quali egli non ha relazione di consanguineità:

Si [...] inter eos qui cognatione legali ex adoptione orta iuncti sunt, exsurgit impedimentum dirimens in omnibus gradibus lineae rectae atque in secundo gradu lineae collateralis (c. 1094), a fortiori impedimentum simile statuatur oportet, uti videtur, si casus multiplicantur, inter eos qui «cognatione» naturali, ex gestatione in proprio vel in eodem utero orta, devinciuntur³⁶.

tato in grembo, altre elidono la gravidanza ponendo una distanza emotiva fra loro stesse e il feto destinato ad essere figlio di altri.

³⁶ U. NAVARRETE, «*Novae methodi*» (cf. nt. 11), 93. Notiamo che in questo punto, il titolo del paragrafo è incongruo con il contenuto: nel titolo si parla, infatti, di «*impedimentum adoptionis*» in riferimento alla maternità gestazionale, mentre nel testo si distingue giustamente la «*cognatio legalis ex adoptione orta*» dalla «*cognatio naturalis ex gestatione*».

Assimilare il rapporto prodotto dalla gestazione surrogata ad una forma «*cognatio*» ci pare del tutto ragionevole per i motivi detti. Nella Tradizione canonica si parla di «*cognatio legalis*» in riferimento all'adozione e di «*cognatio spiritualis*» in riferimento al rapporto fra padrini e madrine di battesimo e figliocci³⁷. Ad esse potrebbe ora aggiungersi la nuova «*cognatio ex gestatione*».

U. Navarrete indica la «*cognatio ex gestatione*» come una forma di «*cognatio naturalis*» e si comprende che egli parla di «*cognatio naturalis*» in contrapposizione alla «*cognatio legalis*», in quanto si tratta di una «*cognatio*» derivante da un rapporto fisico fra madre gestante e bimbo portato in grembo. L'espressione potrebbe, però, diventare ambigua perché nel diritto classico la «*cognatio naturalis*», opposta alla «*cognatio civilis*», era il rapporto di consanguineità fra una donna e i suoi figli nati illegittimi o il rapporto di consanguineità fra uno schiavo e i suoi figli (detta anche «*cognatio servilis*»). Nel caso della maternità gestazionale, invece, si realizza una «*cognatio*», ma senza consanguineità³⁸.

È chiaro che, proponendo di dare rilevanza canonica al fatto della maternità surrogata, non vogliamo in alcun modo coonestare una pratica che è e resta illecita, ma prendiamo atto realisticamente di una situazione esistente e po-

³⁷ Sulla *cognatio spiritualis* cf. F. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis. V. De matrimonio*, Roma 1961, 483-494. L'impedimento si trovava nel codice del 1917 (can. 1079). Esso non compare più nel Codice latino del 1983, mentre si trova ancora nel Codice delle Chiese Orientali: «Dal battesimo sorge, tra il padrino e il battezzato e i suoi genitori, una parentela spirituale che dirime il matrimonio». CCEO, can. 811 §1.

³⁸ Il prof. Moneta nel suo noto manuale sul diritto matrimoniale motiva la statuizione di un nuovo impedimento con la consuetudine familiare e con l'esistenza di legami affettivi, ma si tratta di motivazioni che meglio si addicono alla *affinitas* e alla *adoptio* perché la madre sostituita di regola non ha comunanza di vita con il generato. Cf. P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 2008⁴, 86.

niamo limiti in campo matrimoniale per evitare che questa pratica aberrante possa causare, soprattutto in persone del tutto innocenti, ulteriori e incresciosi disordini.

La maternità gestazionale configura una situazione del tutto nuova creata dalle tecniche di procreazione artificiale non riconducibile esattamente ad altre fattispecie previste dal diritto e chiede — a nostro avviso — un intervento *ad hoc* del Legislatore canonico.

Al termine della nostra riflessione ci sembra interessante richiamare l'opinione di chi ha ravvisato una analogia fra il ruolo di «*nutrix*» svolto dalla madre gestazionale e quello svolto tradizionalmente dalle balie che allattano i neonati altrui. Tanto la madre gestazionale quanto la balia nutrono, sia pure secondo modalità e tempi diverse, un figlio altrui e questa circostanza instaura fra la donna e il neonato una particolare relazione fisica senza consanguineità³⁹. Nel diritto islamico l'allattamento stabilisce, pertanto, un impedimento matrimoniale vero e proprio e i fratelli di latte sono assimilati, per molti versi, ai fratelli di sangue⁴⁰. L'impedimento derivante dalla parentela di latte si trova anche in alcune Chiese orientali, specie africane⁴¹.

³⁹ C. MORGAN, «Closeness in the Age of Mechanical Reproduction: Debating Kinship and Biomedicine in Lebanon and Middle East», *Anthropological Quarterly* 80 (2007) 379-402.

⁴⁰ R. ENSEL, «Colactation and fictive kinship as rites of incorporation and reversal», *Morocco, Journal of North African Studies* 7 (2002) 83-96; A. GILADI, *Infants, parents and wet nurses. Medieval Islamic views on Breast-feeding and their social implications*, Leiden 1999; P. PARKES, «Fosterage. Kinship, and Legend: When Milk Was Thicker than Blood?», *Comparative Studies in Society and History* 46 (2004) 587-615; ID., «Milk Kinship in Islam. Substance, Structure, History», *Social Anthropology* 13 (2005) 307-329.

⁴¹ L'impedimento vige tuttora, per esempio, nella Chiesa ortodossa etiope. Cf. J. PRADER, *Il matrimonio nel mondo. Celebrazione nullità e scioglimento del vincolo*, Padova 1986, 206. Sulla «*nutrix*» nel Diritto Orientale cf. J. DAUVILLIER — C. DE CLERQ, *Le mariage en droit canonique oriental*, Paris 1936, 156-157.

L'impedimento di latte è menzionato nella *Sura* 4, 27 del Corano e, pur essendo distinto dall'impedimento di consanguineità e da quello di affinità, non è meno rigoroso di questi perché anch'esso stabilisce un legame di «vicinanza» (in arabo *qar bah*). Il legame non solo è tra il bambino e la donna che lo ha allattato, ma anche fra il marito di questa, la sorella e la nipote della nutrice e tra coloro che hanno preso lo stesso latte (conlattazione). Il legame sussiste anche se il latte non viene succhiato direttamente dal seno, ma viene, ad esempio, estratto con un tiralatte e bevuto dal biberon, come accade nelle banche del latte di molti ospedali in Occidente⁴². Sono state date diverse spiegazioni del legame creato dall'allattamento, ma troviamo suggestivo ricordare che, secondo la scienza antica, sperma, latte e sangue mestruale sono strettamente connessi essendo tutti prodotti da una elaborazione raffinatissima del sangue⁴³. Nella visione unitaria dei fluidi corporei il latte deriva dal sangue materno e questo fatto può instaurare fra nutrice e allattato un legame fisico simile a quello della consanguineità⁴⁴. Il diritto latino non conosce l'impedimento derivante da lattazione, ma ci pare significativo che in altre esperienze giuridiche si siano individuati *legami naturali* non riportabili immediatamente alla consanguineità e siano stati valo-

⁴² Per questo nei paesi islamici la creazione di banche del latte non è incoraggiata e, nel caso che si dovesse usare latte donato per nutrire i prematuri questo deve essere fatto in modo da poter garantire l'identificazione di ciascuna donatrice e ciascun bimbo ricevente.

⁴³ Sul rapporto sangue-latte-seme nella scienza naturale antica cf. T. LAQUEUR, *L'identità sessuale dai Greci a Freud*, Roma – Bari 1992, 46-56 (con riferimento ai testi principali).

⁴⁴ Diversa la tesi di Héritier secondo il quale, nella Tradizione islamica il latte materno deriverebbe dal seme virile: F. HÉRITIER, «Identité de substance et parenté de lait dans le monde arabe», in P. BONTE, ed., *Êpouser au plus proche. Inceste, Prohibitions et Stratégies matrimoniales autour de la Méditerranée*, Paris 1994, 113-125. Questa tesi, però, è stata decisamente respinta da molti studiosi. Cf. P. PARKES, «Milk Kinship» (cf. nt. 40), 310.

rizzati i rapporti di quasi-maternità che si instaurano fra una nutrice e un bambino a lei geneticamente estraneo.

Conclusioni

Partendo dall'idea che la consanguineità può essere modernamente interpretata come la partecipazione più o meno grande ad una stessa identità genetica, crediamo che si possa negare con sicurezza l'esistenza di consanguineità fra la madre surrogata di tipo gestazionale e il bambino che lei porta e che partorisce, ma che è stato concepito a partire dagli ovociti di un'altra donna; mentre si può parlare di consanguineità nel caso della *madre per conto terzi* detta anche *madre surrogata per commissione* in cui il figlio è stato concepito con un ovocita della madre surrogata, da lei portato in grembo e partorito e poi consegnato alla coppia commissionaria.

Mentre, quindi, la maternità surrogata su commissione configura l'impedimento di *consanguinitas*, questo non si verifica nel caso della maternità surrogata gestazionale. Il legame fisico e psichico determinato dalla gestazione e dal parto, pur non configurando una consanguineità, sono, però, di tale importanza da esigere un chiaro profilo giuridico. Per questo, ci uniamo a coloro che suggeriscono proposte *de iure condendo* per inquadrare e regolare adeguatamente questa fattispecie attraverso l'introduzione del nuovo impedimento di *cognatio ex gestatione*. Non si tratta di coonestare la maternità surrogata, ma di evitare che questo disordine possa causare ulteriori disordini.

Nel 1998 U. Navarrete concludeva una sua puntuale riflessione sul tema scrivendo che «*res tamen est valde complexa, nec matura adhuc videtur quae exigat iam nunc aliquod huiusmodi subsidium (scil. impedimentum)*»⁴⁵. Dopo più di dieci anni, visto il moltiplicarsi dei casi e l'orientamento discu-

⁴⁵ U. NAVARRETE, «*Novae methodi*» (cf. nt. 11), 93.

tibile che sta assumendo il diritto civile in merito, credo che la statuizione dell'impedimento sia possibile e opportuna in quanto ben fondata antropologicamente e ben armonizzabile con il sistema degli impedimenti del diritto canonico vigente.

MAURIZIO P. FAGGIONI