

## The (Gender) Costs of Surrogacy

In the past few years the surrogacy market has gone global. Despite the uncertain legal status of surrogacy, people who desire to have children and people who have the reproductive capacity to fulfil that desire can find each other on this worldwide parenthood market. Through the conclusion of a surrogacy agreement it is possible to trade neither children nor women's bodies but a different *tragic good*: parental rights. This article aims to describe the specific costs of the free market as a *tragic good* allocation method, and precisely which costs women, as the only group of people who can enter the surrogacy agreement as a surrogate mother, have to bear.

Rachele Zamperini,

undergraduate student in comparative private law

# I costi di genere del contratto di maternità surrogata

## Una premessa tragica

“For a market in babies (or baby-making) to exist, babies must be something people affirmatively want and are willing to trade for”.<sup>1</sup> Ed effettivamente il mercato globale della surrogazione di maternità esiste *and people are making use of it*<sup>2</sup>. Non è subito chiaro, però, quale sia, la risorsa allocata attraverso questo mercato apparentemente *sui generis*. Scrive infatti Carole Pateman “Dal punto di vista contrattuale, parlare di vendita dei bambini rivela che la maternità surrogata è fraintesa, [...] non è in gioco la vendita di un bambino, bensì semplicemente un servizio”<sup>3</sup>. Se, come nota Pateman, non sono i bambini<sup>4</sup> oggetto nella transazione, non lo è neppure il servizio riproduttivo<sup>5</sup> attraverso cui la gestante mette a disposizione dei genitori committenti la propria capacità riproduttiva: il bene scambiato sul mercato della surrogazione è il rapporto di filiazione che lega madre surrogata e bambino, i *parental rights*<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> C. Sanger, *Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M*, 30 Harv. J. L. & Gender 67 (2007) p.72

<sup>2</sup> “The issues arising out of surrogacy are global ones. Whether one approves of surrogacy or not (or indeed just some forms of it), it is a *simple* fact that there is a global surrogacy market, and people are making use of it” J. Scherpe, C. Fenton-Glynn. *Introduction*. In J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, & T. Kaan (Eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy* (pp. 1-6). (2019) Intersentia

<sup>3</sup> C. Pateman, *Il contratto sessuale* Editori Riuniti (1988) p.276; *cf.* In re Baby M, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988) “This is the sale of a child, or, at the very least, the sale of a mother's right to her child”.

<sup>4</sup> Landes e Posner, *in particolare, hanno ipotizzato un modello di mercato delle adozioni molto vicino a un free baby selling market, come soluzione efficiente all'eccesso di domanda di bambini da adottare, da cui trarrebbero benefici non solo i bambini e le coppie senza figli ma anche le madri biologiche e addirittura i contribuenti* E. Landes, & R. Posner, *The Economics of the Baby Shortage*. The Journal of Legal Studies, 7(2), (1978) pp. 323-348

<sup>5</sup> È stato ipotizzata anche la configurazione del contratto di maternità surrogata come contratto di lavoro avente ad oggetto la gestazione in quanto servizio riproduttivo. Si veda per esempio S. Truzzi, *L'utero in affitto divide sindacato e femministe*, Il Fatto Quotidiano 21-06-2019 <https://www.ilfattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2019/06/21/utero-in-affitto-divide-sindacato-e-femministe/5271336/> e “The Ultimate reification” in K. Ekman, *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*. Spinfex press (2013). pp. 173- 176

<sup>6</sup> R. Epstein, *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, 81 Virginia Law Review 2305 (1995) p. 2308.; v. anche V. Calderai, *The conquest of ubiquity, or: why we should not*

Così inquadrata la risorsa oggetto di scambio, il mercato della surrogazione perde la sua specialità e può anzi essere inserito nel più ampio genere di quello che si potrebbe definire mercato della genitorialità: il mercato della surrogazione è solo una tra le diverse tipologie di mercato delle tecnologie riproduttive che Martha Ertman riunisce sotto l'unico nome *di parental rights markets*<sup>7</sup>. In questo quadro, il rapporto di filiazione diventa un bene, una merce, ma questo non significa che altri beni in gioco non subiscano a loro volta un processo di mercificazione: come, secondo Ertman, nel mercato della inseminazione artificiale la mercificazione dei *parental rights* passa attraverso la mercificazione dei gameti<sup>8</sup>, analogamente lo stesso processo nel mercato della surrogazione passa attraverso la mercificazione della persona<sup>9</sup> (“the sale of a child, [...] the sale of a woman reproductive capacity”)<sup>10</sup>.

Si apprezza così tutta la particolarità della merce scambiata, che non è un bene qualunque, ma, nelle parole di Guido Calabresi, una *risorsa tragica*.<sup>11</sup> La risorsa è tragica perché a fronte della scarsità insita nella natura del bene stesso (*non tutti possono avere figli*) nel momento in cui la società deve scegliere come allocarla (*chi può avere figli*) si trova di fronte a un inesorabile conflitto di valori: la scelta è tragica perché alcuni valori dovranno necessariamente essere sacrificati<sup>12</sup>. In questo specifico conflitto tragico si confrontano inesorabilmente il diritto di avere figli e il diritto all'integrità del corpo umano, più precisamente del corpo femminile.

Il mercato, però, rappresenta solo uno tra i metodi allocativi della risorsa tragica a cui i *policymakers* possono ricorrere, puri o combinati tra loro. Le quattro tipologie di legislazione in cui si usa distinguere le diverse legislazioni nazionali, liberale,

---

*regulate commercial surrogacy (and need not regulate altruistic surrogacy either)* in *Famiglia il diritto di famiglia e delle successioni in europa* 4\2019 ed anche M.-A. Frison-Roche, *Vouloir pouvoir vendre la filiation en meme temps que le nouveau-né, l'industrie de la GPA subit un double échec de la part du droit francais le 4 octobre 2019*, 5-10-2019 <https://mafr.fr/en/article/vouloir-pouvoir-vendre-la-filiation-en-meme-temps-/>; cfr. M. Radin, *What, if anything, is wrong with baby selling*. *Pacific Law Review*, 26(2) (1995).

<sup>7</sup> Martha M. Ertman, *What's Wrong with a Parenthood Market? A New and Improved Theory of Commodification*, in Ertman, M., Williams, J., (Eds) 2005, *Rethinking Commodification Cases and Readings in Law and Culture*, NYU Press, p.305

<sup>8</sup> *Ibid* p. 307

<sup>9</sup> “if we conceive of some children as market commodities because there is a practice of paying money for relinquishing parental rights, then somehow we conceive of all children as commodities” M. Radin, *What, if anything, is wrong with baby selling*, *op. cit.* p.136

<sup>10</sup> *In re Baby M*, 537 A.2d 1227

<sup>11</sup> G. Calabresi, & P. Bobbitt, *Tragic Choices*, W. W. Norton & Company (1978)

<sup>12</sup> *Ibid* p.19

regolatoria, tollerante e proibizionista<sup>13</sup>, possono essere infatti tradotte in quattro diversi metodi di allocazione della risorsa tragica. Mentre legislazione liberale e proibizionista, possono essere rappresentate come due metodi puri (*mercato puro* e *metodo politico responsabile*) le altre tipologie, regolatoria e tollerante, rappresentano invece due diversi esempi di *metodo misto*, combinando mercato e dispositivi di decisione politico responsabile.

Ciò premesso, la legislazione prevalente in Europa è quella proibizionista, dunque il metodo prediletto dai *policymakers* europei è quello *politico responsabile*. Attraverso una decisione *politico responsabile* accentrata, in questo caso il divieto, il *policymaker* impedisce lo scambio della risorsa. Il legislatore italiano, per esempio, tutela il bene, il rapporto di genitorialità, attraverso la nullità dell'eventuale contratto di surrogazione per contrarietà a ordine pubblico<sup>14</sup>, con una regola che nella cornice di Calabresi è definita *inalienability rule*<sup>15</sup>. Il difetto maggiore di questo metodo *tranchant* è che fallisce nel tenere conto dei desideri individuali: nel servire un criterio di uguaglianza formale tratta tutti gli individui “*equally but not as equals*”<sup>16</sup>. Il metodo politico responsabile nella sua forma pura azzerava i costi del processo<sup>17</sup>, ma così facendo ne crea di analoghi: rifiutando di dare un prezzo alla risorsa scarsa, il cui valore è incommensurabile, dichiara

---

<sup>13</sup> C. Fenton-Glynn & J. Scherpe, *Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation*. In J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, & T. Kaan (Eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy* (pp. 515-592). Intersentia(2019)

<sup>14</sup> *Il riferimento è alla evoluzione più recente di ordine pubblico da intendersi come ordine pubblico internazionale, così come elaborata dalla giurisprudenza di legittimità: Corte di Cassazione civile sez. I- 30/09/2016, n. 19599 “ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria”; La stessa è stata poi richiamata dalle Sezioni Unite proprio per affermare la nullità degli accordi di maternità surrogata per contrarietà a ordine pubblico: Cassazione Civile sez. un. - 08/05/2019, n. 12193 “divieto della surrogazione di maternità previsto dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione”, v *infra* cap.3 (?); inoltre anche la legge civile francese sanziona con la nullità per contrarietà a ordine pubblico qualunque accordo di gestazione per altri, come emerge dal combinato disposto degli articoli 16-7 e 16-9 del Code Civil,*

<sup>15</sup> G. Calabresi, D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. n.6 (1972) p.1111

<sup>16</sup> G. Calabresi, & P. Bobbitt, *Tragic Choices. op. cit.* p.145

<sup>17</sup> *Ibid* pp. 131 e ss

apertamente che non tutte le persone sono uguali, che non tutte le vite possono essere salvate<sup>18</sup>, che non tutti possono avere figli.

In antitesi, il legislatore liberale, attraverso il *mercato puro*, permette una estrema decentralizzazione della scelta in quanto basata soltanto sugli interessi individuali, che diventano così l'unico metro di giudizio nella risoluzione del conflitto tragico. "The market is more charitable"<sup>19</sup>, il mercato illude che le scelte degli individui siano fatte liberamente, prive di coercizione<sup>20</sup>, e nasconde i costi della procedura all'interno del prezzo della risorsa. Il problema principale del *laissez-faire egalitarsim*<sup>21</sup>, però, è l'illusione di dare a tutti la stessa opportunità di ottenere la risorsa, quando invece il risultato dell'allocazione dipende dalla distribuzione iniziale della ricchezza. Analogamente al metodo politico responsabile anche il mercato azzerava i costi del processo, ma genera esternalità, tra cui quella che Calabresi definisce "the cost of costing"<sup>22</sup>, ovvero il costo di dare un prezzo alla risorsa tragica che, però, si vorrebbe inestimabile.

Ogni sistema di allocazione può essere sovvertito se la persona che non riesce ad ottenere la risorsa tragica, per esempio un cittadino italiano, può, attraverso la migrazione, recarsi in un paese, per esempio la California, che gli consente di accedervi. Il libero mercato della surrogazione per eccellenza, quello americano, rappresenta in questo modo un mercato collaterale<sup>23</sup>. È così, infatti, che nasce specialmente per il legislatore proibizionista il problema del riconoscimento dell'efficacia del contratto di maternità surrogata concluso all'estero dai propri cittadini<sup>24</sup>.

Prima di procedere alla disamina dei costi sostenuti dalle parti dell'accordo di surrogazione di maternità, le prossime pagine saranno dedicate a una breve storia della nascita e dell'espansione del mercato della surrogazione. Nel farlo si cercherà di sottolineare in che modo le donne sono coinvolte nel mercato della surrogazione, partendo dal presupposto che persino sul libero mercato esiste un limite alla libertà di

---

<sup>18</sup> *Ibid* pp. 145

<sup>19</sup> *Ibid* p. 135

<sup>20</sup> *Ibid* p. 35

<sup>21</sup> *Ibid* p. 144

<sup>22</sup> *ivi*

<sup>23</sup> *Ibid* "Every time a system of allocation other than a pure market is established in a society in which the market continues to operate in other areas, there is danger that the nonmarket allocations will be altered by market pressures" p.122

<sup>24</sup> *v supra nota* 14

contrarre: perché un contratto di maternità surrogata possa essere efficace una parte deve necessariamente avere il ciclo mestruale una volta al mese<sup>25</sup>.

## Il mercato della surrogazione.

*Traditional* e *gestational* sono le due tipologie in cui si può distinguere la maternità surrogata, e di conseguenza il contratto di surrogazione. Il discrimine per rientrare nell'una o nell'altra categoria consiste in un presupposto medico, ovvero la tecnica di fecondazione assistita a cui la surrogata si sottopone. La nascita del mercato della gestazione per altri è imputabile alla surrogazione *traditional*, mentre la sua espansione a livello internazionale a quella *gestational*.

### Donne dal lato della domanda: la nascita del mercato

**“Traditional surrogacy:** When the surrogate is genetically related to the child she carries, because her own egg is used to conceive the child. A traditional surrogacy arrangement typically results from the artificial insemination of a surrogate with the intended father’s sperm.”<sup>26</sup>

La *tradizione* a cui la nomenclatura fa riferimento, ha origine nel progresso medico scientifico che ha reso accessibili le tecniche di fecondazione assistita. L'inseminazione

---

<sup>25</sup> *Sebbene vi siano stati casi in cui, all'interno di accordi di tipo altruistico che legano persone della stessa famiglia, donne non più fertili si sono prestate come madri surrogato (per esempio si veda BBC- NEWS Nebraska grandmother acts as surrogate for gay son <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-47780124#:~:targetText=A%2061%2Dyear%2Dold%20Nebraskan,baby%20Uma%20Louise%20last%20week.>), nella realtà commerciale della pratica, per evitare rischi si preferisce ricorrere a donne ancora in età fertile; cfr. “Even without state regulation, agencies typically have their own standards for gestational carriers. They prefer women who have already given birth, are between the ages of 21 and under 41” N. Cahn, & J. Carbone, *United States of America*. In J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, & T. Kaan (Eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy* (pp. 307-328). Intersentia (2019). p. 318*

<sup>26</sup> Law Commission Consultation Paper No 244, Scottish Law Commission Discussion Paper No 167, *Building family through surrogacy: a new law* (2019) <https://www.lawcom.gov.uk/project/surrogacy/> p.XX; Si veda la definizione contenuta nel glossario annesso al Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference, Hague Conference on private international law “A surrogacy arrangement where the surrogate provides her own genetic material (egg) and thus the child born is genetically related to the surrogate.”

artificiale<sup>27</sup>, infatti, racchiude l'essenza della maternità surrogata, ovvero la separazione del concepimento dall'atto sessuale. L'enfasi, nella descrizione della surrogazione tradizionale, deve essere posta sul legame genetico tra surrogata e bambino (*her own egg*), un legame che avvicinerrebbe la madre surrogata a Bihla la schiava di Rachele<sup>28</sup> che nel racconto veterotestamentario porta in grembo la progenie della matriarca. Sara e Rachele sarebbero infatti due esempi di surrogazione biblica, pratica a cui si farebbero risalire le origini<sup>29</sup> di quella attuale.

La nascita del mercato della maternità surrogata risale però soltanto al finire degli anni 70 negli Stati Uniti, quando si uniscono in maniera feconda tre fattori<sup>30</sup>, il progresso scientifico, il mutamento dei *mores* della società occidentale e l'iniziativa imprenditoriale. Perché questa pratica mostri tutto il suo potenziale economico, bisogna attendere gli anni 80, scrive Carol Sanger, quando una generazione di donne, che grazie alla contraccezione<sup>31</sup> aveva vissuto gli anni 60 e 70 nel mito del *childfree*, si risveglia *childless* nei suoi 40 anni. Negli anni 80 il *procreative ethos*<sup>32</sup> che aveva creato spazio per la rivoluzione sessuale è mutato ancora<sup>33</sup> e la possibilità di separare sesso e concepimento, che era stato prima strumento di libertà sessuale, diventa una seconda "*chance of biological parenthood*"<sup>34</sup>.

---

<sup>27</sup> "Artificial insemination (AI) is the deliberate introduction of sperm into a female's cervix or uterine cavity for the purpose of achieving a pregnancy through in vivo fertilization by means other than sexual intercourse" <https://www.seattlespermbank.com/demystifying-iui-ici-ivi-and-ivf/>

<sup>28</sup> Genesi 30: 1-3

<sup>29</sup> Per esempio in D. Spar, *For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy*. Review of International Political Economy, 12(2), (2005) p.291; C. Sanger, *Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M*, *op.cit.* p.79

<sup>30</sup> R. Posner, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, 5 Journal of Contemporary Health Law and Policy (1989) p.22; C. Sanger, *Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M*, *op. cit.* p. 72; D. Spar, *For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy*, *op. cit.* p.292;

<sup>31</sup> "The Pill was invented, marketed, and used; contraception and abortion became legal. By the mid -1970s, a new procreative ethos had taken hold. Having children was no longer a matter of luck or fate but a decision that women had begun to make for themselves for the first time in history" C. Sanger, *Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M*, *op.cit.* p.74

<sup>32</sup> *Ivi*

<sup>33</sup> *Ivi* "Then came the 1980s, with its renewed focus on the family. Parenthood was now imbued with the satisfactions of capitalism. According to the prevailing ethos, working hard and delaying gratification were understood to produce certain rewards: leisure, consumer goods, and a fulfilling private life in which children played a central role"

<sup>34</sup> *ibid* p. 75

Secondo Sanger, appartenerebbe a questa generazione Betsy Stern la moglie di William Stern, che assieme a questo è assunta agli onori della cronaca giudiziaria come attrice del caso Baby M<sup>35</sup>. Il caso Baby M ha segnato una tappa fondamentale<sup>36</sup> nella storia della surrogazione quando nel 1986 per la prima volta nella patria della *freedom of contract*<sup>37</sup> una corte si trova a decidere dell'*enforceability* di un contratto di *traditional surrogacy*. In grado di appello la Corte Suprema del New Jersey, chiamata a pronunciarsi sul caso, di fronte al rifiuto della madre surrogata, Mary Beth Whitehead, di consegnare la bambina, dichiara il contratto di surrogazione illegale e invalido, ma risolve la questione della custodia a favore dei coniugi Stern<sup>38</sup>. La Corte dichiarò *unenforceable* il contratto poiché contrario non solo la legge statale sull'adozione (*conflict with statutory provisions*), ma anche perché contrario alla *public policy*: la Corte ritenne infatti che lo scopo del contratto di surrogazione fosse di separare per sempre non un surrogato, ma la vera e propria madre naturale dal suo bambino<sup>39</sup>.

In fondo, Mary Beth non era poi tanto diversa da Bhila<sup>40</sup> e la *traditional surrogacy*, almeno nell'immaginario collettivo è ancora vicina a quella biblica. Infatti, è frequente,

---

<sup>35</sup> Nel 1985 i coniugi Stern avevano concluso con Mary Beth Whitehead e suo marito un contratto di surrogazione attraverso il quale la donna si impegnava a portare in grembo il figlio di William Stern, concepito tramite fecondazione artificiale, a rinunciare, dopo la nascita, ai diritti genitoriali nei confronti del figlio e a consegnarlo agli Stern. Il compenso pattuito era determinato nella cifra di 10 000 dollari, spesa che per i coniugi Stern si aggiungeva ai 7 500 dollari nei confronti della clinica che aveva assunto il ruolo di intermediario tra le parti. Dopo il parto però Mary Beth rifiuta di adempiere e non appena il padre William Stern tenta di ottenere un ordine del tribunale per far valere le proprie pretese contrattuali, fugge con la bambina. Costretta al rientro in New Jersey dalle autorità la donna tenta di ottenere la custodia della figlia. In re Baby M, 537 A.2d 1227

<sup>36</sup> La risonanza del caso fu tale che nei cinque anni successivi alla decisione ben dieci stati, a partire dal New Jersey, emanarono leggi che vietano o regolano restrittivamente la surrogazione. C. Spivack, *The Law of Surrogate Motherhood in the United States*. The American Journal of Comparative Law, 58, 97-114, (2010) p. 101; S. Snyder, *Reproductive Surrogacy in the United States of America – Trajectories and Trends*, in ES Sills (ed), *Handbook of Gestational Surrogacy*, Cambridge University Press, (2016) p.281

<sup>37</sup> D. Spar, *For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy*, *op. cit.* p.294; D. Mazer, *Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts*, 28 Yale J.L. & Feminism (2017) p.213

<sup>38</sup> In re Baby M, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988) "Having decided that the surrogacy contract is illegal and unenforceable, we now must decide the custody question without regard to the provisions of the surrogacy contract that would give Mr. Stern sole and permanent custody"

<sup>39</sup> In re Baby M, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988) "The intent of the contract is that the child's natural mother will thereafter be forever separated from her child"

<sup>40</sup> D. Spar, *For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy*, *op.cit.* p.296

se non addirittura costante, il richiamo alla narrazione biblica nei testi in materia di maternità surrogata e questo sarebbe, secondo Kajsa Ekman, un modo per legittimare la surrogazione contemporaneamente sia come una nuova, e rivoluzionaria, pratica che come un'antica tradizione<sup>41</sup>. È interessante un'altra interpretazione proposta per esempio da Debora Spar, secondo cui nel racconto biblico la schiva non è tanto *surrogate mother* quanto *surrogate wife*<sup>42</sup>. “After all, a surrogate mother is a surrogate for the father's wife”, scrive Margaret Radin, “She is not a surrogate mother, she is a real mother. But she is a surrogate spouse, when the real spouse has failed the man as a baby maker<sup>43</sup>”. Senza entrare nel merito della argomentazione di Radin, questa risulta utile per riflettere sul fatto che le donne dal lato della domanda, almeno nel mercato della surrogazione *traditional*, sono donne sterili, per patologie o perché hanno oltrepassato l'età fertile, che ricorrono alla surrogazione come strumento per superare il problema della infertilità<sup>44</sup> assicurando un figlio biologico alla coppia. Un figlio che, però, è legato geneticamente soltanto al padre<sup>45</sup>.

### Donne dal lato dell'offerta: l'espansione del mercato

**“Gestational Surrogacy:** A surrogacy arrangement in which the surrogate *is not genetically related* to the child. Gestational surrogacy involves the implantation of the surrogate with an embryo or embryos created in a process known as IVF.

---

<sup>41</sup> “It is a modern phenomenon at the same time as it has always been practised, exactly as prostitution is explained as both ‘the World’s oldest profession’ and a modern business for the liberated woman” K. Ekman, *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*. *op. cit.* p.149

<sup>42</sup> D. Spar, *For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy*, *op. cit.* p.291

<sup>43</sup> M. Radin, *What, if anything, is wrong with baby selling*, *op. cit.* p. 142

<sup>44</sup> C. Pateman, *Il contratto sessuale*, *op. cit.* p.280 “Se non abbiamo bambini veniamo considerate meno che donne”

<sup>45</sup> Cfr M. Nahman, *Extractions, An Ethnography of Reproductive Tourism*. Palgrave Macmillan (2013) p.78 “[...] I’m sort of like a surrogate mother, it’s not exactly mine.’ But she took heart that at least the child would be her husband’s. She said that she would have preferred adopting but that her husband was against it, because he was worried about what his family would say” *dall’intervista dell’autrice a una delle tante donne israeliane che utilizzano ovuli di donatrici per poter concepire attraverso trattamenti di FIV eterologa sovvenzionati dallo Stato in attuazione di politiche fortemente pronataliste.*

These embryos may be formed of the intended mother's egg and the intended father's sperm, although donor sperm or a donor egg can be used.”<sup>46</sup>

Il legame genetico tra madre surrogata e embrione è ancora il cardine della definizione della *gestational surrogacy*, questa volta però ciò che rileva è la sua assenza. La fecondazione in vitro<sup>47</sup> non si limita a recidere la relazione tra atto sessuale e concepimento, ma elimina il legame genetico tra la madre surrogata (detta «portatrice»: *gestational carrier*<sup>48</sup>) e il prodotto del concepimento: “The organic unity between fetus and mother can no longer be assumed”<sup>49</sup>.

Nei primi anni 90 i fattori che avevano creato le condizioni per la nascita del mercato della *traditional* (e *domestic*)<sup>50</sup> *surrogacy* tornano a mescolarsi. Progresso scientifico,

---

<sup>46</sup> *Building family through surrogacy: a new law* (v.nota 26) p.xvi

<sup>47</sup> “In vitro fertilisation (IVF) is a process of fertilisation where an egg is combined with sperm outside the body, in vitro ("in glass"). The process involves monitoring and stimulating a woman's ovulatory process, removing an ovum or ova (egg or eggs) from the woman's ovaries and letting sperm fertilise them in a liquid in a laboratory. After the fertilised egg (zygote) undergoes embryo culture for 2–6 days, it is implanted in the same or another woman's uterus, with the intention of establishing a successful pregnancy.”  
<https://www.seattlespermbank.com/demystifying-ivi-ici-ivi-and-ivf/>

<sup>48</sup> Il linguaggio della surrogazione è composto da termini che, forse a causa della novità della materia, assumono un'accezione specifica rispetto a un senso comune ancora in fase di assestamento (cfr. *Building family through surrogacy: a new law*, v.nota 26 e D. Smolin, *Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children*, 43 *Pepp. L. Rev.* 265, (2016) p. 284); contemporaneamente è proprio sul linguaggio della surrogazione, che i detrattori della sua legittimità appuntano i propri strali, spesso proprio sul termine “surrogate mother”, per esempio si veda “On the term ‘Surrogate Mother’” pp.153-158 in K: Ekman, *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, *op. cit.* p.154 (“The woman is called a bearer, a provider, a suitcase, an incubator, a surrogate – she is never simply called ‘mother’ or ‘mom’. [...] The definition of ‘surrogate’ is “replacement”. It is therefore the woman who pays who should be called the ‘surrogate mother’, because she replace the mother who gives birth. But words mirror power: the ‘real’ mother is the one with economic resources, while the ‘false mother’ only has her own body); cfr. C. Pateman, *Il contratto sessuale*, *op. cit.* pp. 272-283

<sup>49</sup> H. Ragoné, *Incontestable Motivations*, (1998) in K. Ekman, *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*. *op. cit.* p.138

<sup>50</sup> *Building family through surrogacy: a new law* (v.nota 26) p.xv “Domestic surrogacy arrangement: A surrogacy arrangement where the surrogate and intended parents are both based in the UK, and where all elements of the process, including pre-conception screening, (assisted) conception, pregnancy and birth take place in the UK. We use this term in contrast to an international surrogacy arrangement, where all or some of the elements of the process take place outside of the UK”

nuovi *mores*<sup>51</sup> e iniziativa imprenditoriale creano i presupposti per l'espansione del mercato internazionale della *gestational surrogacy*: il nuovo volto della surrogazione è quello di un "totally white baby"<sup>52</sup> partorito da una donna indiana. E così non solo le parti del contratto di surrogazione sono *international*<sup>53</sup> ma anche le componenti della maternità surrogata "eggs, wombs, sperm and jurisdiction"<sup>54</sup> possono provenire da Paesi diversi ed essere selezionate a piacimento dai futuri genitori intenzionali.

Quindi aver reciso il legame genetico, facendo sì che una donna possa partorire il figlio geneticamente legato a un'altra, ha avuto due conseguenze determinanti: da un lato la "de-razializzazione" della surrogazione, dall'altro la necessità di risolvere l'aporia giuridica di trovarsi di fronte a due donne che possono vantare contemporaneamente due validi titoli di maternità (parto e legame genetico). Non a caso le parti del contratto di surrogazione *gestational* possono essere identificate non più come madre surrogata e genitori committenti, ma come *gestational carrier* e genitori intenzionali.

Per mezzo della *gestational surrogacy* le barriere razziali vengo abbattute, come sostiene Helena Ragoné<sup>55</sup>, che nota in termini entusiastici la conseguenza più dirompente della FIV. Di ciò, però, si può dare anche una lettura diversa: secondo Khiara Bridges da quando l'etnia della *portatrice* non ha più alcuna importanza perché non c'è più il "rischio" che i suoi geni siano trasmessi al nato, l'offerta sul mercato si è

---

<sup>51</sup> *A partire dall'ultima decade del Novecento gran parte della retorica pro surrogazione la esalta come strumento di creazione delle cd famiglie arcobaleno v. Martha M. Ertman, What's Wrong with a Parenthood Market? A New and Improved Theory of Commodification, in Ertman, M., Williams, J., (Eds) 2005, Rethinking Commodification Cases and Readings in Law and Culture, NYU Press, p.303; v. anche D. Mazer, Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts, op. cit. p.212 ; cfr. A Guide for Gay Dads, Stonewall 2015 pp. 14-19 <https://www.stonewall.org.uk/resources/guide-gay-dads> e BBC Radio 5 Live podcast *Surrogacy: A Family Frontier*, Episode 6: Gay Dads. <https://www.bbc.co.uk/programmes/p06tn77s/episodes/downloads>*

<sup>52</sup> "It's a miracle. I myself was wondering how I managed to deliver such a beautiful American, totally white baby. I couldn't believe it - I am very happy." *Dalla testimonianza di una delle madri surrogato della clinica della dottoressa Patel, primo centro in India dedicato alla maternità surrogata in S. Thakur, Mother for only nine months, BBC-NEWS 21-03-2018 [http://news.bbc.co.uk/2/hi/south\\_asia/7202043.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/7202043.stm)*

<sup>53</sup> *Il presupposto rilevante nella dicotomia domestic \ international è puramente giuridico, e consiste nel diritto applicabile all'accordo, ovvero in un caso il diritto interno e nell'altro il diritto privato internazionale.*

<sup>54</sup> D. Spar, *For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy*, op.cit. p.300

<sup>55</sup> H. Ragoné, *Incontestable Motivations* in K. Ekman, *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, op. cit. p.137

ampliata notevolmente a causa dell'ingresso di nuovi gruppi di donne, per le quali il rischio di sfruttamento è ancora più alto<sup>56</sup>. Certamente la “de-razionalizzazione” della surrogazione è stata sia all'origine della rapida ascesa del mercato indiano della surrogazione<sup>57</sup>, sia della recente crescita nel numero di coppie cinesi che si rivolgono a *gestational carriers* nordamericane<sup>58</sup>.

Si può dire che la fecondazione in vitro abbia reso la gravidanza una prestazione fungibile: ad oggi ogni donna in età fertile<sup>59</sup> potrebbe entrare sul mercato della surrogazione dal lato dell'offerta. Inoltre, attualmente le donne dal lato dell'offerta non sono soltanto le potenziali di *gestational carrier*, ma anche le *donatrici* di ovociti<sup>60</sup>, i gameti femminili di cui la fecondazione in vitro ha creato domanda.

In questo quadro si inserisce un altro caso essenziale della storia giuridica della surrogazione. *Johnsons v. Calvert*<sup>61</sup>. La Corte Suprema della California si trova a qui a decidere dell'*enforceability* di un accordo di tipo *gestational*, e di conseguenza deve preliminarmente risolvere un'ulteriore questione: determinare chi possa essere considerata madre del bambino. Entrambe le donne esibiscono un titolo di maternità – Crispina Calvert, che aveva fornito il proprio ovulo per la creazione dell'embrione, ha

---

<sup>56</sup> K. Bridges, *On the Commodification of the Black Female Body: The Critical Implications of the Alienability of Fetal Tissue*. Columbia Law Review, 102(1), (2002) pp. 123-167. Cfr C. Pateman, *Il contratto sessuale*, op. cit. p. 275 “La divisione sessuale del lavoro nel capitalismo patriarcale e la “femminilizzazione della povertà” fanno sì che un contratto di maternità surrogata appaia finanziariamente conveniente per le donne della classe operaia, benché il compenso sia molto basso considerando il tempo richiesto e la natura del servizio”

<sup>57</sup> *L'India è stata la principale destinazione del cd reproductive tourism legato alla surrogazione fino a che la pratica non è stata vietata per le coppie straniere nel 2014*

<sup>58</sup> M-A. Hermitte, K. Parizer, S. Mathieu, J-S. Bergé, *Analyse juridique et sociologique de l'état des questions in France à la lumière des pratiques étrangères en matière de filiation des enfants conçus par gestation pour autrui à l'étranger (Grande-Bretagne, Belgique, Israël).*[Rapport de recherche] Mission de Recherche Droit et Justice. (2017) p.38; CNN-Business *I'm an American surrogate and I'm carrying a Chinese baby* <https://www.youtube.com/watch?v=yrGnVJScvCQ&t=32s>

<sup>59</sup> C. Pateman, *Il contratto sessuale* op. cit. p. 282 “Una donna può essere una madre surrogata soltanto perché la sua femminilità è considerata irrilevante, e lei viene definita un individuo che effettua un servizio. Allo stesso tempo, può essere una madre surrogata proprio perché è una donna”; cfr. R. Posner, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, 5 Journal of Contemporary Health Law and Policy 21 (1989) .p. 28 “The opportunity to hire a surrogate mother and the opportunity to be a surrogate mother are two unconventional opportunities now open to women. It is curious that feminists, of all people, should want to close the door on these opportunities”

<sup>60</sup> D. Mazer, *Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts*, op. cit. p.218

<sup>61</sup> *Johnsons v. Calvert* 851 P.2d 776 (Cal.1993)

un legame biologico con il bambino, Anna Johnson, lo ha partorito – ma per la legge californiana può essere riconosciuta solo una madre naturale<sup>62</sup>. La Corte risolve l'aporia individuando nell'intenzione espressa nel contratto di surrogazione il criterio determinante: l'intenzione dei coniugi, dunque della donna che ha fornito il materiale genetico per poter dare alla luce un figlio proprio, fonda il rapporto genitoriale<sup>63</sup>. Inoltre, se la prova di maternità è costituita dal legame genetico, il contratto di surrogazione è *enforceable*. La Corte suprema della California nella decisione *Johnsons v Calvert* non rinvenne la contrarietà del contratto alla *state law* e alla *public policy*<sup>64</sup> sull'adozione, proprio in virtù della identificazione della madre intenzionale come madre naturale e della surrogata, priva di legame genetico con il figlio, come sola *gestational carrier*.<sup>65</sup> Perciò secondo la Corte Anna Johnson non avrebbe dovuto privarsi dei *parental rights*, come si richiede alla madre naturale che volesse dare in adozione il proprio figlio, in quanto sarebbero sorti in capo ai coniugi Calvert al momento della creazione dell'embrione.<sup>66</sup> Per quanto l'intenzione sia solo una delle possibili basi<sup>67</sup> utilizzate per risolvere il dilemma dell'attribuzione della genitorialità nei casi di surrogazione, la ratio della decisione nel 1998<sup>68</sup> venne estesa dalla stessa Corte

---

<sup>62</sup> *Johnsons v. Calvert* 851 P.2d 776

<sup>63</sup> *Ibid* “We conclude that although the Act recognizes both genetic consanguinity and giving birth as means of establishing a mother and child relationship, when the two means do not coincide in one woman, she who intended to procreate the child — that is, she who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own — is the natural mother under California law”.

<sup>64</sup> *Ivi* “We conclude that the husband and wife are the child's natural parents, and that this result does not offend the state or federal Constitution or public policy”

<sup>65</sup> *Johnsons v. Calvert* 851 P.2d 776 (Cal.1993); C. Spivack, *The Law of Surrogate Motherhood in the United States*, *op.cit.* p.104

<sup>66</sup> 851 P.2d 776 (Cal.1993) “The parties voluntarily agreed to participate in in vitro fertilization and related medical procedures before the child was conceived; at the time when [Johnson] entered into the contract, therefore, she was not vulnerable to financial inducements to part with her own expected offspring. Anna was not the genetic mother of the child. The payments made to [Johnson] under the contract were meant to compensate her for her services in gestating the fetus and undergoing labor, rather than for giving up “parental” rights to the child.”

<sup>67</sup> C. Spivack, *The Law of Surrogate Motherhood in the United States*, *op. cit.* p. 102; inoltre il giudice Kennard della stessa Corte Suprema della California nella sua dissenting opinion propone come alternativa la teoria del “best interest of the child”, *ibid. nota 40*

<sup>68</sup> *La decisione sul caso Johnson v Calvert, ha fatto così da catalizzatore per una nuova stagione legislativa all'insegna di leggi statali permissive negli Stati Uniti, v. S. Snyder, Reproductive Surrogacy in the United States of America – Trajectories and Trends, op. cit. p.2812*

californiana ai casi in cui i genitori intenzionali non vantano alcun legame genetico con il bambino nato da un embrione formato con gameti di donatori<sup>69</sup>.

La gestante non assume mai la qualità di madre, non tanto a causa della mancanza del legame genetico con il feto, quanto piuttosto perché nel concludere il contratto di surrogazione presta il proprio consenso a essere solo *portatrice* del figlio di altri.

## I Costi della surrogazione

Come anticipato, il mercato della surrogazione appartiene al genere dei mercati dei servizi riproduttivi su cui si scambiano *parental rights*. Questo mercato, però, è distinto da un elemento di specialità ovvero la prestazione attraverso la quale una parte esegue il contratto: la gravidanza. Questa pone certamente di fronte a dei *problemi particolari*<sup>70</sup> che si riflettono sui costi (che ai fini di questa trattazione saranno distinti in costi di transazione e costi tragici) che le parti devono sopportare.

Prima di procedere a una breve rassegna dei costi della surrogazione, è necessario premettere che questi sono presenti indipendente dalla natura *commercial* o *altruistic* dell'accordo. A tal proposito è utile accennare alla distinzione tra queste due tipologie di

---

<sup>69</sup> In re Marriage of Buzzanca 61 Cal.App.4th 1410 (Cal. Ct. App. 1998)

<sup>70</sup> C. Pateman, *Il contratto sessuale*, *op. cit.* p.8 “Conoscere la storia del contratto sessuale aiuta a spiegare perché, nei contratti in cui una delle parti è costituita da donne sorgano problemi particolari. [...] Il dispositivo dello stato di natura viene utilizzato per spiegare perché, date le caratteristiche degli abitanti della condizione naturale, stipulare il contratto originario sia un atto razionale. Il punto cruciale che viene omesso il fatto che gli abitanti sono sessualmente differenziati e che per tutti gli autori classici (tranne Hobbes), dalla naturale differenza di sesso discende una differenza di razionalità.” *Occorre qui accennare che il tema della autodeterminazione che passa attraverso la definizione delle donne come agenti economici razionali al pari degli uomini divide le femministe (si veda per esempio M. Radin, What, if anything, is wrong with baby selling, op. cit. pp. 140-142). Affermare che la differenza di genere sarebbe alla base del rischio di sfruttamento delle donne sul mercato della surrogazione diventa un'arma a doppio taglio; cfr. R. Epstein, Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement, 81 Virginia Law Review 2305 (1995) p. 2329 “Conditions of gender inequality, to the extent that they exist, are all-pervasive in society and surely are not confined to this narrow set of transactions. How far then does the prohibition run? Are women to be prevented from ever working for men? From having men work for them? The whole point seems so loose and abstract, for it challenges the very idea that women can be autonomous individuals capable of legal respect.” e R. Posner, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, *op. cit.* p. 27 “It is only worse when the argument is bolstered by pointing out that hormonal changes incident to pregnancy may The idea that women are peculiarly dominated by their hormones (and not men by their testosterone?) is a traditional rationalization for limiting women's access to responsible employment”*

accordo. Tracciare la linea che separa un accordo *commercial* da uno *altruistic* è più complesso di quanto possa sembrare.<sup>71</sup>

**Commercial surrogacy agreement:** A surrogacy arrangement in which the woman who becomes the surrogate and any agency involved charge the intended parents a fee which includes an element of profit.<sup>72</sup>

Il perno della definizione è il profitto che la madre surrogata ottiene dal pagamento di una somma, in una misura dunque superiore alla mera compensazione<sup>73</sup>. *A contrario* si può dedurre il significato di *altruistic surrogacy agreement*: un contratto in forza del quale “No financial remuneration beyond this is paid to the surrogate”<sup>74</sup>.

La madre surrogata si limita a ricevere una compensazione delle spese da lei sostenute a causa della gravidanza e più in generale legate a tutte le fasi del ‘processo’ di surrogazione. Ma cosa si debba intendere per spese o quale sia il limite tra compensazione e pagamento, sono domande a cui le diverse legislazioni che permettono o regolano la surrogazione solo nella sua forma altruistica danno risposte diverse. Alcune leggi indicano espressamente una lista di spese rimborsabili, altre, come quella portoghese, per rendere più incisivo il controllo ed evitare che il compenso nasconda in realtà un pagamento, prevedono che le spese di ogni singolo accordo siano indicate con precisione, certificate e approvate dall’organo competente<sup>75</sup>. La legislazione inglese, invece di far riferimento a un *numerus clausus* di voci di spesa rimborsabili, è oggetto di critiche poiché la compensazione può essere autorizzata solo se copre quelle che vengono genericamente definite “reasonable expenses”<sup>76</sup>. Per risolvere questa difficoltà

---

<sup>71</sup> La distinzione va fatta perché di non poco momento sono le conseguenze che discendono dalla classificazione: sono infatti relativamente pochi gli Stati che permettono la conclusione di contratti di surrogazione di tipo *commercial*. C. Fenton-Glynn, & J. Scherpe, *Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation*, *op.cit.* p.530 e ss.

<sup>72</sup> *Building family through surrogacy: a new law* (v.nota 26) p. xiv

<sup>73</sup> Per alcuni esempi di corrispettivi C. Fenton-Glynn, & J. Scherpe, *Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation*, *op. cit* p. 531; v. anche N. Tatu, *La Fabrique des Bébés*. Stock. (2017) p. 41 e ss

<sup>74</sup> Glossario annesso a Hague Conference Preliminary Document No10 of March 2015 v.nota 26

<sup>75</sup> C. Fenton-Glynn, & J. Scherpe, *Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation*, *op. cit* p. 533

<sup>76</sup> *Building family through surrogacy: a new law* (v.nota 26) Chapter 5, Questa vaga espressione è una barriera inefficace che, inserita in un sistema di controllo successivo alla nascita del bambino, o persino alla sua consegna ai genitori intenzionali, finisce per essere scavalcata in nome di una formula altrettanto vaga, ovvero "the paramount consideration of the interest of the child"; si veda K. Parizer-Krief, *Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la*

nel trovare una definizione univoca è stata proposta una classificazione tripartita tra *commercial*, *compensated* e *truly altruistic*, in cui quest'ultima categoria si riferisce a quegli accordi dove solo le spese mediche in senso stretto vengono rimborsate (in questi casi solitamente la madre surrogata è in un rapporto di amicizia o parentela con i genitori intenzionali)<sup>77</sup>.

### I costi di transazione

Detto ciò, l'esposizione dei costi di transazione che avrà luogo nelle prossime righe, fa riferimento a una negoziazione in assenza di intermediari<sup>78</sup>, e dunque si limita a una sommaria analisi di quelli che sono i costi 'pre' e 'post' contrattuali sopportati soltanto dalle parti.

La prima tipologia di costi pre-contrattuali è quella dei costi di *searching and matching*. I costi di *searching* corrispondono al tempo e alle energie spesi nella ricerca della controparte<sup>79</sup> e ai costi sopportati dalle parti per rendere note le proprie informazioni alle potenziali controparti. Nel caso della surrogazione si tratta principalmente di informazioni legate allo stile di vita della surrogata e dei genitori intenzionali. Per quanto riguarda i costi di *matching*, invece, si tratta di costi causati da quello che viene definito problema di informazione nascosta, per cui la negoziazione può diventare persino impossibile se le parti non riescono conoscere i rispettivi livelli di disponibilità a pagare e di costo opportunità.

---

*reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif*, in Rev. int. dr. comp., 2011 pp 645 e ss

<sup>77</sup> M. Galbraith, H. V. McLachlan, & J. K. Swales, *Commercial agencies and surrogate motherhood: a transaction cost approach*. Health Care Anal, 13(1), (2005) p. 13; *Building family through surrogacy: a new law* (v.note 26) Chapter 2, par 2.12-2.18 ; C. Fenton-Glynn, & J. Scherpe, *Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation*, op.cit. p.535

<sup>78</sup> *Quando nella transazione sono coinvolti degli intermediari, nel caso di specie si tratta di cliniche o agenzie che si occupano di surrogazione, questi offrendo servizi di searching, matching e screening, riducono i costi di transazione per le parti. Alla riduzione dei costi corrisponde però un aumento del prezzo. si veda "The Role of Intermediaries" in C. Sanger, Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M op. cit. pp. 81-82*

<sup>79</sup> *Sono particolarmente alti in Regno Unito dove qualunque tipo di advertising che sia operato direttamente dalla surrogata o tramite terzi è illegale. M. Galbraith, H. V. McLachlan, & J. K. Swales, Commercial agencies and surrogate motherhood: a transaction cost approach, op.cit. p.16*

Un'altra declinazione del problema di asimmetria informativa prende la forma della selezione avversa<sup>80</sup>. Una volta che le parti si sono incontrate, ma prima di stipulare il contratto, per superare il problema devono sostenere dei costi di *screening*<sup>81</sup>. La ricerca di informazioni per la madre surrogata verte da un lato sulla affidabilità economica dei genitori (indice di una minore probabilità che questi disattendano le proprie obbligazioni) e dall'altro sulle caratteristiche che li renderebbero più o meno adatti a ricoprire il ruolo di genitori<sup>82</sup>. Mentre ai genitori intenzionali interessa sia sapere di concludere un accordo con una madre surrogata che sia genuinamente interessata a consegnargli il bambino una volta nato, sia conoscere lo stato di salute e lo stile di vita della surrogata, che siano tali da garantire lo sviluppo e la nascita di un bambino sano.

A contratto stipulato il problema principale è rappresentato dall'azzardo morale<sup>83</sup>. Ancora una volta si tratta di un problema di asimmetria informativa causata dal fatto che nell'eseguire il contratto una parte, l'agente, viene in possesso di informazioni ignote alla controparte, il principale. Per sopperire al problema, i genitori committenti (il principale) dovrebbero sopportare i costi di un costante monitoraggio l'esecuzione della prestazione della madre surrogata (l'agente), ovvero di controllare da vicino la vita della surrogata<sup>84</sup>, la quale potrebbe non avere lo stesso interesse dei genitori intenzionali a una vita sana per sé e di conseguenza per il feto.

Una seconda fonte di azzardo morale consiste nella situazione di *lock-in* in cui i genitori intenzionali si trovano avendo concluso un investimento estremamente specifico<sup>85</sup>. La perdita di potere contrattuale dei genitori, causata dall'essere bloccati nell'investimento,

---

<sup>80</sup> *Ibid*, p. 14 "This term applies to pre-contractual opportunistic behaviour that occurs through one transactor's having private information not available to the other."

<sup>81</sup> *ivi*

<sup>82</sup> Anche ove il legislatore interviene sulla surrogazione con apposite discipline, diversamente da quanto accade per l'adozione non sono mai previsti particolari requisiti per i genitori intenzionali. Si veda per esempio the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, modificato nel 2018 sezioni 54 e 54a: criteri di eleggibilità per ottenere il parental order; v. anche *Building family through surrogacy: a new law* (v.nota 2) Chapter 5 The current law: parental orders; v. anche C. Fenton-Glynn, & J. Scherpe, *Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation*, op. cit. p. 544-550

<sup>83</sup> M. Galbraith, H. V. McLachlan, & J. K. Swales, *Commercial agencies and surrogate motherhood: a transaction cost approach*, op.cit. p.14

<sup>84</sup> Per risolvere questo problema, nella clinica della dottoressa Nayana Patel, la più grande clinica indiana specializzata in maternità surrogata (<http://ivf-surrogate.com/DrNayanaPatel>), le donne che stipulano il contratto di surrogazione sono obbligate a vivere lì dal concepimento per tutto il tempo della gravidanza. Si veda N. Tatu, *La Fabrique des Bébés*, op cit pp. 109-117

<sup>85</sup> M. Galbraith, H. V. McLachlan, & J. K. Swales, *Commercial agencies and surrogate motherhood: a transaction cost approach*, op.cit p.14 e 17

trova però un bilanciamento nella opposta e analoga situazione della madre surrogata che è a sua volta in una condizione di *asset specificity*: nessun altro è interessato a quel bambino, se non i genitori intenzionali, specialmente se geneticamente legati a questo.

Un'ultima categoria di costi di transazione è cagionata da problemi di incertezza e incompletezza contrattuale. Il buon esito del contratto di maternità surrogata (la nascita di un bambino sano) è per sua natura un evento incerto, a partire dalle difficoltà del concepimento (che può richiedere alla surrogata di sottoporsi a più cicli di FIV) per proseguire per tutta la durata della gravidanza (per esempio, aborti spontanei e patologie fetali) fino al momento del parto (morte del bambino o della puerpera). A queste eventualità, che comportano notevoli rischi per la salute della surrogata, si aggiunge la possibilità che le parti cambino idea e che, dunque, la madre surrogata decida di non voler portare a termine la gravidanza o di non consegnare il bambino o i genitori intenzionali decidano di interrompere la gravidanza o di non voler prendersi carico del bambino<sup>86</sup>.

Perché un contratto possa dirsi efficiente deve essere quanto più possibile completo e dunque costruito in modo tale da far fronte a queste particolari evenienze con apposite clausole. Così, solitamente sono previsti dei rimborsi a favore della gestante in caso di aborto, riduzione embrionale, taglio cesareo, parti gemellari e persino morte della gestante stessa<sup>87</sup>. Ancora, in ambito di prevenzione dei rischi, il contratto prevede che i genitori committenti scelgano il medico che seguirà la madre surrogata e con questo stabiliscano gli esami a cui questa sarà obbligata a sottoporsi durante la gravidanza. Inoltre, per far fronte al problema dell'agente, il contratto prevede specifici obblighi in capo alla gestante, i cd *behavioural terms*<sup>88</sup>, in virtù dei quali la gestante si impegna a

---

<sup>86</sup> Nella surrogazione internazionale il problema assume particolare rilievo poiché i bambini rifiutati dai genitori intenzionali che non vengono riconosciuti dalle madri surrogate rischiano di rimanere privi di cittadinanza. Si veda per esempio Hawley, S., Damaged babies and broken hearts: Ukraine's commercial surrogacy industry leaves a trail of disasters ABC news <https://www.abc.net.au/news/2019-08-20/ukraines-commercial-surrogacy-industry-leaves-disaster/11417388>

<sup>87</sup> Per alcuni esempi di contratti standard utilizzati in California si veda [http://allaboutsurgacy.com/sample\\_contracts/contracts.htm](http://allaboutsurgacy.com/sample_contracts/contracts.htm)

<sup>88</sup> D. Mazer, *Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts*, op. cit. p. 214; si veda anche G. Hewitson, *The Market for Surrogate Motherhood Contracts*. Economic Record, 73 (1997), pp. 214 “Examples of such behavioural restrictions include the following: the surrogate mother may not engage in intercourse during the period, which may be a number of months over which she is being artificially inseminated, she must not smoke cigarettes, drink

tenere determinati comportamenti (per esempio seguire un certo regime alimentare) o ad astenersi da altri (come intraprendere attività pericolose o astenersi dall'attività sessuale nel periodo di concepimento).

Ma la più grande incertezza, anche di fronte a un contratto completo, è rappresentata dalla *enforceability*<sup>89</sup> del contratto stesso o per lo meno di alcune delle sue parti. In mancanza di un'espressa previsione legislativa le parti possono pattuire rimedi i che più ritengono efficaci, ma non v'è certezza che siano poi *enforced* in giudizio. Gli scenari più problematici, scrive Deborah Mazer, sono da un lato quelli che fanno capo alla impossibilità di controllo diretto sull'adempimento di *behavioural terms* da parte della gestante, come nel caso in cui il bambino non sia nato sano e la surrogata sostenga di aver atteso le disposizioni contrattuali, e dall'altro quelli relativi alla volontà unilaterale di terminare la gravidanza<sup>90</sup>.

### I costi tragici

È la stessa Mazer a parlare di “tragic breaches” nell'accezione *calabresiana* del termine, riferendosi a questi particolari casi di violazione del contratto di surrogazione. Nella cornice del mercato come metodo di allocazione di una risorsa tragica, la tragicità della scelta si riflette in ogni singola transazione, e il contratto di surrogazione si fa a sua volta strumento di allocazione. Il contraddittorio sul contratto di surrogazione diventa allora un momento essenziale per cogliere i costi tragici della surrogazione.

Per prima cosa, la scelta tragica a cui è posto di fronte ad esempio il Giudice Wilentz nel caso Baby M, non è tanto decidere chi tra Elizabeth Stern e Mary Beth Whitehead potrà portare a casa con sé la bambina, quanto decidere dell'*enforceability* del contratto, stabilendo se si può dare o no un valore materiale, monetario, alla vita umana<sup>91</sup>. E dare

---

any alcoholic beverages, or use any illegal drugs, non-prescription medications or prescribed medications without written consent from her physician; she must not allow an emotional bond between herself and the foetus to develop; she may have to give up her employment in the interests of the foetus; she must attend any and all appointments-with doctors, lawyers, psychiatrists, and so on-required by the commissioning party or its agent.”

<sup>89</sup> Nel Regno Unito l'accordo di surrogazione è unenforceable per espressa previsione di legge. Perché i genitori intenzionali posano ottenere i parental rights devono passare attraverso l'emanazione di un parental order. V. supra nota 81

<sup>90</sup> D. Mazer, *Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts*, op. cit. pp.213-215

<sup>91</sup>“This leaves the courts in the uncomfortable and undesirable position of placing monetary value on potential human life.” *Ibid op.cit.* p.214

valore a qualcosa di incommensurabile ha un costo, quel costo tragico che è stato definito “the cost of costing”<sup>92</sup>.

In una lettura tragica la scelta del legislatore, per esempio di quello Inglese, di vietare<sup>93</sup> gli accordi di tipo *commercial* e di permettere solo quelli di tipo *altruistic* potrebbe essere letta come uno di quei sotterfugi per nascondere il conflitto e soprattutto per nascondere una aperta determinazione del prezzo di una risorsa che si ritiene incommensurabile. Certo però che anche se non si tratta di uno scambio commerciale ma di un  *dono*, i costi della surrogazione, specialmente in termini di rischi e privacy, permangono e in assenza di un prezzo stabilito in modo che li internalizzi, gravano tutti sulla madre surrogata.

Mentre introdurre la variabile dell'altruismo all'interno del libero mercato dovrebbe causarne il fallimento, poiché a causa della mancanza di incentivi o di coercizione l'offerta dovrebbe essere incapace di eguagliare la domanda<sup>94</sup>, la componente di gratuità che ne deriva genera esiti inaspettati<sup>95</sup>: dal momento che molte donne che entrano nel mercato della surrogazione dal lato dell'offerta, lo fanno in virtù di un insieme di guadagno e altruismo,<sup>96</sup> si potrebbe quasi parlare di un mercato dell'altruismo<sup>97</sup>. Non è necessario che il prezzo internalizzi tutti i costi perché quello che manca è ripagato dal valore del sacrificio<sup>98</sup>, quello del proprio tempo e delle proprie energie per qualcosa di

---

<sup>92</sup> *V. supra* p.3

<sup>93</sup> *Un altro esempio di sistema modellato su quello britannico è il sistema australiano cfr. M. Keyes, Australia.* In J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, & T. Kaan (Eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy* (pp. 85-104). Intersentia (2019)

<sup>94</sup> D. Spar, *For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy*, *op.cit.* p.292

<sup>95</sup> G. Hewitson, *The Market for Surrogate Motherhood Contracts*. *Economic Record*, 73 (1997) pp. 220-222

<sup>96</sup> C. Sanger, *Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M*, *op. cit.* p.76 e 88

<sup>97</sup> *Ibid.* 77

<sup>98</sup> “If the scapegoat epitomizes one mode of handling tragic choices, the pure lamb or perfect sacrifice suggests another, rarer mode. This approach does not deny the nature of the tragedy: a life must be taken, someone must forgo a basic right. [...] The use of moral suasion to induce volunteers to offer themselves is a response to these latter costs.” G. Calabresi, & P. Bobbitt, *Tragic Choices*, *op.cit.* p. 77; cfr “The only thing she gets is the halo of altruism, which is a very low price for the effort and can only be attractive in a society where women are valued for how much they sacrifice, not what they achieve” K. Ekman, *All surrogacy is exploitation – the world should follow Sweden’s ban*. *The Guardian* 22-02-16 <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>

più grande, per donare la vita<sup>99</sup>. Certo queste affermazioni non sono valide in ogni contesto<sup>100</sup>: per le madri surrogate indiane, per esempio, il denaro è l'unica spinta all'ingresso nel mercato<sup>101</sup>. Il valore economico dell'altruismo cambia a seconda della parte del Mondo in cui si incontrano domanda e offerta<sup>102</sup>, e con esso anche il peso che nelle argomentazioni relative assume il problema dello sfruttamento e della mercificazione della donna, nucleo centrale del dibattito non solo giuridico ma culturale, sulla surrogazione.

Infine, il contraddittorio finisce per rivelare il conflitto di valori e svelare il sotterfugio che caratterizza il secondo movimento della scelta tragica per Calabresi: la fuga della società dal conflitto verso la soluzione allocativa che meglio lo nasconde o che meglio permette di razionalizzare la violenza insita nel conflitto stesso. Si pensi ai costi in termini di privacy che deve sopportare una sola parte del contratto, la madre surrogata, nel dover adempiere ai *behavioural terms* o nel doversi sottoporre a esami e controlli medici stabiliti per lei dalla controparte.

Assicurare piena validità, dare forza (traducendo letteralmente il verbo *to enforce*) al contratto di surrogazione di maternità, significa dare forza e affermare la piena validità della scelta di rendere alienabile la genitorialità, che fa emergere attraverso il mercato della surrogazione il conflitto tragico tra il diritto di avere figli e il diritto all'integrità del proprio corpo. Il diritto in gioco, quello che viene sacrificato sul mercato della surrogazione, non è il diritto di chiunque, ma il diritto delle donne alla integrità del proprio corpo. Per questo il legislatore proibizionista nel negare la validità del contratto afferma apertamente la decisione di tutelare sopra ogni altro diritto "la dignità della gestante"<sup>103</sup>, al prezzo di affermare che non tutti possono essere genitori<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> *La stessa prestazione che per le madri surrogate americane è enfatizzata come un "don de soi" è invece qualcosa da nascondere, "une honte" per le madri surrogate messicane o ucraine, v. N. Tatu, La Fabrique des Bébés op. cit. p. 144 e ss.*

<sup>100</sup> Martha M. Ertman, *What's Wrong with a Parenthood Market? A New and Improved Theory of Commodification, op. cit p.304*

<sup>101</sup> N. Tatu, *La Fabrique des Bébés op cit. p.109-117* e "The Most Surrogacy-Friendly Courts in the World" pp. 166-170 in K. Ekman, *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self, op. cit.*

<sup>102</sup> C. Fenton-Glynn, & J. Scherpe, *Surrogacy in a Globalised World: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation, op. cit p. 530-532*

<sup>103</sup> Cassazione Civile sez. un. - 08/05/2019, n. 12193 v. nota 14

<sup>104</sup> *con riferimento a un concetto di genitorialità come relazione basata solamente sul legame genetico*

Dunque, se il costo più alto della scelta tragica è quello sopportato dal diritto che viene sacrificato per risolvere il conflitto altrimenti insanabile, allora nel caso del mercato della surrogazione di maternità si tratta di un costo di genere.

## Conclusioni

Nel dover decidere chi ha il diritto ad essere genitore facendo ricorso alla maternità surrogata nasce la necessità di rispondere ad alcuni quesiti. Qual è il significato di “madre”<sup>105</sup>? Chi può essere chiamata “madre”? Che cosa significa per una donna essere chiamata così? Non esistono risposte aprioristiche a queste domande, ma solo risposte sagomate a immagine della cultura di una certa società in un dato momento. “La tragedia è un fenomeno culturale”<sup>106</sup> e nel caso specifico di questa trattazione si può apprezzare chiaramente. Preso atto di ciò, una prospettiva *tragica* nello studio del mercato della surrogazione permette di individuare chi sopporta i costi della scelta di utilizzare questo metodo allocativo nella distribuzione della risorsa tragica.

“To say that there are costs is not to say they are not worth paying”<sup>107</sup>. Però, non basta definire quali sono i costi per capire se vale la pena pagarli, ma è necessario anche determinare chi se ne fa carico. E quando ad essere sacrificato è il diritto di un gruppo, in questo caso le donne, storicamente discriminato, è necessario procedere con cautela<sup>108</sup> e chiedersi se al mercato puro non sia preferibile un metodo misto o almeno una modifica come un mercato regolato in modo tale che siano previste delle apposite tutele per *la* contraente più a rischio.

---

<sup>105</sup>Johnson v. Calvert 851 P.2d 776: “The division of the female reproductive role in gestational surrogacy points up the three discrete aspects of motherhood: genetic, gestational and social”; cfr. art 269 comma 3 c.c. “La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre”.

<sup>106</sup> G. Calabresi, & P. Bobbitt, *Tragic Choices*, *op. cit.* p. 167

<sup>107</sup> *Ibid* p.56

<sup>108</sup> *cfr.* G. Calabresi, *Do We Own Our Bodies?*, Faculty Scholarship Series. Paper (1991) p.2011 “We might be concerned about such a law if, in practice, it required only people who had traditionally been discriminated against or inadequately represented in the legislature to donate their bodies. The law would be passed by the majority, not to discriminate or punish, but more insidiously to save those who needed the marrow, as long as those who had to bear the burden were not those who had elected the legislators.”

Infine, è importante ricordare che la natura tragica del bene si riflette irrimediabilmente sui metodi di allocazione: a causa della ineluttabile *ciclicità* della tragedia<sup>109</sup> ciascun metodo sarebbe in realtà una riproduzione degli altri. ogni scelta allocativa ha specifici pregi e difetti ma nessuna ne è priva. Di conseguenza non esiste una soluzione migliore, ma solo una scelta più adatta ad una data società in un dato momento. Poiché tutte le allocazioni tragiche comportano dei costi, sta al *policymaker* capire quali sono quelli che una certa società è disposta a pagare. “For it is by the values that are forgone no less than by those that are preserved at tremendous cost that we know a society’s character”.<sup>110</sup>

Rachele Zamperini,  
24 anni, laureanda in diritto privato comparato

---

<sup>109</sup> G. Calabresi, & P. Bobbitt, *Tragic Choices*, *op. cit.* p.195-199

<sup>110</sup> *Ibid* p.17