

**«It's not their pregnancy». L'aborto nei contratti di maternità
surrogata statunitensi**

Daniela Danna

Università di Milano

Abstract

Surrogate motherhood is the undertaking of a pregnancy by a woman who has the intention to let the "intended parents" raise the child. It can happen with an informal or formal agreement (the latter in Countries that regulate how and when the mother can – but does not have to – renounce her parental role) or with a legal contract (only in a minority of Countries). Only where surrogacy is configured as a contract, the birth mother is legally forced to relinquish her parental rights, even if during the pregnancy she has developed ties with the future baby and wants to keep it.

Clauses in the surrogacy contract also oblige her to submit to medical procedures decided by the «intended parents», including abortion/embryo reduction. Disagreements can arise from this issue, too, as it will be shown with a variety of sources. In the typical surrogacy contract, the woman's personal right to choose to terminate or bring the pregnancy to term, established with *Roe v. Wade*, is constrained by the (unconstitutional) clause threatening monetary sanctions.

This article debates the implication of similar contracts and clauses on the social consideration of pregnant women.

Keywords:: abortion, surrogacy, contract, agreement, California.

In questo articolo userò una varietà di fonti sia primarie che secondarie per mettere a fuoco la questione dell'aborto nella maternità surrogata, sia intrapresa per accordo tra le parti sia per contratto, nei luoghi dove la legge lo ha istituito. La questione dell'aborto serve a comprendere meglio che cosa accade da una parte negli accordi e dall'altra nei contratti di maternità surrogata – viceversa è importante riconoscere che la maternità surrogata spesso implica decisioni relative a possibili interruzioni volontarie della gravidanza. Il valore da tenere fermo dal punto di vista morale è il rispetto della volontà della donna nel rapporto con l'organismo che nutre e forma, che nei vari stadi di sviluppo è chiamato ovulo fecondato o zigote, blastocisti, embrione, feto e infine, dopo il parto, neonato, che nel nostro ordinamento giuridico solo dopo il distacco dal corpo materno diventa una persona. È chiaro che il concetto di volontà non è certamente libero da condizionamenti economici e sociali, in questa come in tutte le circostanze dell'esistenza. Ma la volontà espressa dalla donna incinta, e poi dalla madre (biologica, ancorché non necessariamente sociale) deve essere riconosciuta dalla società e dalla legge come preminente rispetto a ogni altra, perché nel periodo della gravidanza riguarda ciò che accade al suo corpo, mentre dopo il parto riguarda la relazione che oggettivamente, tramite l'esperienza corporea, ha avuto con il neonato, relazione sulla quale solo lei ha facoltà di decidere. Le sue decisioni devono pertanto essere rispettate, sia in un'eventuale interruzione della gravidanza sia nel distacco o nella prosecuzione del rapporto con il/la neonata/o che ha partorito, anche per un accordo di maternità surrogata.

La prima parte dell'articolo illustra lo statuto giuridico della maternità surrogata in diversi paesi: dalla proibizione (benché questo non possa impedire accordi informali) al contratto legale agli accordi informali oppure regolati dalla legge prevedendo un periodo di possibile ripensamento per la madre surrogata dopo la nascita del/la figlio/a

(sono accordi e non contratti in quanto *unenforceable*, cioè non esecutivi). Si passa poi a come viene considerata nei contratti l'interruzione di gravidanza, e infine alla descrizione di casi di contrasto tra la volontà delle madri surrogate e dei "committenti" e beneficiari della sua capacità procreativa. Il filo rosso dell'articolo è mettere in luce la considerazione sociale della donna gravida che sta alla base delle diverse scelte di ammettere o meno il contratto, con le sue clausole specifiche sull'interruzione di gravidanza. Le fonti utilizzate sono internazionali e consistono, nella parte pertinente alla specifica questione dell'interruzione di gravidanza, nella piuttosto vasta letteratura sociologica, antropologica e giuridica a proposito di maternità surrogata, con approcci diversi che vanno da quello etnografico – il più particolare e a strettissimo contatto con i soggetti della ricerca – a quello filosofico, il più distaccato e generalizzante. Due interviste semi-strutturate con osservatori privilegiati della pratica di surrogazione sono state condotte faccia a faccia nel gennaio 2013 in California, e ho realizzato personalmente anche una rassegna di fonti web. Interviste altrui sono state riprese e citate, insieme a lavori di osservazione partecipante e a una pregevole trascrizione e analisi di messaggi pubblicati nell'arco di più di sei anni su un forum dedicato di internet.

Maternità surrogata (maternità per sostituzione, maternità su commissione, locazione di utero, gestazione per altri, surrogazione di maternità etc.) significa concepire e partorire un/a bambina/o con l'intenzione che saranno altri, i "genitori intenzionali", a prendersene cura. Nelle società in cui la potestà genitoriale è regolata dalla legge, la maternità surrogata è definita come la rinuncia da parte della madre biologica, cioè colei che partorisce la/il bambino/a (anche se non ne è la madre genetica), alla sua posizione giuridica di genitrice responsabile per la crescita del/la figlia/o, a favore del padre biologico (sempre identificato geneticamente, tranne nei contratti californiani dove è l'intenzione a definire la potestà genitoriale, cioè concretamente l'acquisto dei gameti) e della suo compagna, o più raramente del suo compagno, laddove l'ordinamento giuridico riconosce queste coppie e la loro possibile genitorialità condivisa. Questi "committenti" sono chiamati, nel linguaggio usato nei paesi di lingua inglese, *intended parents*, ovvero coloro che hanno intenzione di essere i genitori del/la neonata/o: per brevità quindi uso l'espressione 'genitori intenzionali'. La pratica di maternità surrogata

viene utilizzata prevalentemente da coppie eterosessuali in cui la donna non ha oppure ha perso la capacità biologica di portare a termine una gravidanza (e il codice etico di molti partecipanti alla pratica ne limita l'accesso a questi casi¹), oppure quando la coppia in questione è maschile. Uomini singoli possono teoricamente fare ricorso alla pratica, ma la loro presenza tra i genitori intenzionali è trascurabile. Non ho trovato nella letteratura consultata donne singole o coppie lesbiche che vi abbiano fatto ricorso².

La rinuncia alla potestà genitoriale da parte della madre biologica può avvenire in due modi: con una dichiarazione spontanea dopo il parto oppure con un obbligo giuridico stabilito prima ancora di rimanere incinta attraverso un contratto. Il contratto è sì liberamente sottoscritto, ma ha come oggetto un atto futuro: la separazione dal/la bambino/a successiva all'esperienza della gravidanza. Le leggi statunitensi che ammettono la *surrogacy* infatti limitano i compensi percepibili dalle madri biologiche al solo rimborso delle sue spese. In genere, comunque, alla donna rimane un piccolo surplus, che come vedremo è generalmente considerato non sufficiente per essere davvero motivante, in assenza di una "etica del dono" e del desiderio di aiutare coppie in crisi per infertilità. In California, secondo l'avvocata: «Ad arricchirsi sono le agenzie e le compagnie assicurative, da quando hanno istituito polizze specifiche per madri surrogate del costo di 30.000 dollari. Di norma, in passato, quando ho iniziato, era

¹ Entrambi i miei intervistati riportano pareri su questo punto. Un ginecologo operante a Berkeley così si esprime: "I think that we don't like the idea that someone is going to use a surrogate just in order to avoid getting pregnant and fat".

Domanda: "Because you think she will not be able to mother?"

Risposta: "I think that most women who want to have children, may also want the experience of pregnancy, that's kind of logical".

E un'avvocata di Oakland dice: "It definitely grows each year. When I first started doing this, there were probably three or four attorneys, and now it's improved, there are probably about 30. It is very good with the IVF [*in vitro fertilisation*], that's why it's becoming so successful and lots of people are doing this and that's why more people, women, are putting off pregnancy until they're too old, because of working. By the time they want a baby they are in their 40s". In un altro punto dell'intervista la descrizione dei genitori intenzionali è più generica: "Usually, people start by being infertile. Usually, parents using surrogates are people who have had years of miscarriage and infertility and nothing has worked, it's not just somebody who said I don't wanna be pregnant, I wanna be a parent, nothing like that. It's infertile people desperate to have a baby".

² Per *lesbian surrogacy* si intende piuttosto l'inseminazione in vitro dell'ovulo di una donna con l'impianto nell'utero della partner. Alcuni, come il ginecologo intervistato, lo chiamano, più propriamente, "partner IVF": "There is a treatment used by lesbian women where one woman provides the egg and the other woman carries the pregnancy. We call it partner IVF, here, in our clinic, it's a kind of surrogacy in a way, from a technical point of view is similar, but they're both intended parents" (intervista con ginecologo).

sufficiente pagare l'assicurazione sanitaria, perché questa coprirebbe la *surrogacy*, la gravidanza e la nascita, esattamente come per le altre persone. Quando la *surrogacy* divenne sempre più comune, aumentarono coloro che pagavano una polizza e un premio annuale».

La maggior parte delle legislazioni proibisce la regolazione della maternità surrogata tramite contratto perché sarebbe un atto contrario alla pubblica moralità, equiparato alla vendita di bambini e/o uno sfruttamento delle capacità procreative femminili (Anderson 1993; La Torre 2011; Overall 1987). Sono eccezioni quindi gli stati che ammettono il contratto: India, Georgia, Israele, Ucraina, Sudafrica³ (però con un periodo di ripensamento di sessanta giorni in caso di maternità biologica e insieme genetica), alcune province del Canada e alcuni stati degli Stati Uniti (Hinson 2013).

La pratica di rinuncia alla potestà genitoriale tuttavia non necessariamente ha bisogno di un contratto di surrogazione, dal momento che il padre biologico è sempre nella posizione di riconoscere il figlio. Dunque la proibizione del contratto non proibisce la pratica, che si può svolgere in questo modo: nel momento in cui la madre biologica rinuncia alla sua genitorialità, solo il padre genetico riconosce il/la figlio/a come proprio/a⁴. In generale, la condivisione successiva della potestà genitoriale attribuita al padre genetico con la/il partner è regolata dalle leggi specifiche sul diritto di famiglia dei singoli stati, ed è generalmente limitata alle coppie sposate⁵.

In una rassegna di dieci paesi sviluppati (France, Sénat 2008), appare che soltanto in California i contratti che obbligano alla rinuncia alla maternità sono ritenuti validi: il gruppo più numeroso (quattro paesi) è quello dei paesi che proibiscono la surrogazione e/o i contratti relativi. In alcuni paesi invece non si configura un vero e proprio contratto, ma l'accordo è regolato giuridicamente e prevede che la madre biologica possa decidere di tenere la/il bambino/a dopo il parto, stabilendo un periodo di possibile ripensamento, dopo il quale sul certificato di nascita del/la bambino/a appariranno i

³ Wikipedia: http://en.wikipedia.org/wiki/Surrogacy_laws_by_country, consultato il 13.7.2013.

⁴ In Italia la questione è complicata dal fatto che il marito di una donna che partorisce è supposto essere il padre della progenie, quindi il riconoscimento del figlio basato sulla paternità genetica può avvenire solo dopo che anch'egli ha rinunciato alla potestà genitoriale.

⁵ Questa possibilità solo per il padre genetico e non per la madre genetica di ottenere un/a figlio/a con la maternità surrogata configura una asimmetria di genere che la studiosa di diritto Marcela Iacub (2002) ha denunciato tra le pratiche discriminatorie nei confronti delle donne (se non hanno un compagno).

nomi dei genitori intenzionali. Chiaramente non sono previsti trasferimenti di denaro o altri beni legati alla pratica.

Nei Paesi Bassi non vi è menzione della maternità surrogata nel diritto civile, che viene fatta rientrare però nell'istituto dell'adozione, quindi con l'espressione di volontà dopo la nascita: «I genitori committenti [*commanditaires*] devono essere informati del fatto che la madre portatrice che, giuridicamente, è la madre del bambino, può decidere di tenerlo» (Ivi, 25).¹¹

Anche in Belgio la legge obbliga i genitori committenti a domandare l'adozione del/la bambina/o, cui la madre non può acconsentire prima di due mesi dopo la nascita.

In Gran Bretagna «La richiesta [*al tribunale*] è presentata dopo la nascita, e la madre portatrice non può dare il suo consenso nelle prime sei settimane che seguono la nascita. In caso di accordo della madre portatrice, si redige un nuovo certificato di nascita» (Ivi, 8). Le agenzie di intermediazione devono essere senza fini di lucro.

In Canada la legge federale del 29 marzo 2004 proibisce la gestazione per altri dietro compenso ma alcune province anglofone la permettono, sempre con la previsione di un periodo di ripensamento per la madre biologica: «Il diritto civile qualche volta è stato adattato per permettere al giudice di attribuire la filiazione ai genitori committenti, ma la maggior parte delle leggi provinciali proteggono la madre portatrice» (Ivi, 9). Ad esempio:

In Alberta, la legge del 2003 sulla famiglia prevede che i contratti di gestazione per altri non siano esecutivi [*exécutoires*] e non possano permettere di provare che la madre portatrice abbia consentito a separarsi dal bambino che ha messo al mondo. Tuttavia, il giudice, su domanda della madre genetica e se la madre portatrice è d'accordo, dichiara che la madre genetica è legalmente la madre del bambino. La richiesta non può essere presentata meno di quattordici giorni dopo la nascita del bambino (Ivi, 34).

In Italia un contratto di maternità surrogata è considerato sempre invalido in quanto contrario ai buoni costumi. Nella sentenza del Tribunale di Monza in materia di maternità surrogata del 27 ottobre 1989:

Non possono [...] formare oggetto di contratto e, comunque, è vietato costituirli, modificarli od estinguerli negozialmente, gli *status* personali, quali quello di figlio e quello di madre, i *munera*, quali la potestà dei genitori, ed i diritti personali dei minori all'educazione ed al mantenimento nella famiglia *iure sanguinis*.

La sentenza è citata da Alicia Benedetta Faraoni (2002, 214), che così la commenta:

l'indisponibilità degli *status*, infatti, determina l'impossibilità per la donna volontaria di disporre validamente del rapporto di filiazione giacché gli *status* costituiscono un settore per definizione sottratto a qualsiasi operatività della libera negoziazione dei privati, specie se si tratta di quelli di figlio e di madre.

Inoltre in Italia le procedure mediche per realizzare la maternità surrogata sono state rese penalmente perseguibili dalla legge 40 del 2004 che ha instaurato un regime proibizionista per le tecniche di fecondazione assistita, ammettendo poche eccezioni: essenzialmente la fecondazione omologa per le coppie sposate o conviventi (solo eterosessuali) da almeno due anni. La proibizione della fecondazione eterologa è stata dichiarata incostituzionale nell'aprile 2014.

La vera differenza tra maternità surrogata per accordo informale o per contratto è che, mentre nel primo caso la volontà della donna può essere liberamente espressa, nel caso di formalizzazione della pratica attraverso un contratto l'obbligo giuridico e le sanzioni collegate all'inadempienza del contratto possono coartare la volontà della donna, nel caso in cui abbia sviluppato un legame psicologico, affettivo con il feto e non voglia più rinunciare alla maternità sociale del/la bambino/a. Come valutare eticamente il possibile sorgere di un simile legame? La letteratura è divisa tra coloro che ritengono che i genitori intenzionali debbano rispettare la volontà della madre biologica e coloro che invece ritengono che la donna debba essere tenuta alla promessa fatta ai genitori intenzionali prima di iniziare la gravidanza⁶. Questi ultimi autori tengono in assai scarsa considerazione il vissuto della madre biologica che può, malgrado la promessa, sviluppare un legame col/la futuro/a bambino/a tale da farla decidere di non

⁶ Vi sono anche autori che negano che questo legame possa stabilirsi (Lalli 2008).

separarsene. Gli autori favorevoli al contratto fanno pesare maggiormente la volontà dei genitori intenzionali, al punto di ritenere intollerabile che questi ultimi per nove mesi debbano vivere nell'incertezza della loro futura genitorialità, cosa peraltro intrinseca al processo di gravidanza sotto molti aspetti (la possibilità di aborto spontaneo, la salute del/la bambina/o, i rischi del parto⁷). Un esempio del peso dato unicamente al vissuto dei genitori intenzionali trascurando l'esperienza, ben più intensa, della donna in gravidanza e la sua relazione, primaria rispetto a chiunque altro, con il/la bambina/o in formazione, si trova proprio in questo caso di contratto di maternità surrogata "tradizionale", cioè senza utilizzo di ovuli altrui. La clausola, dopo una lunga premessa psicologica, prevede sanzioni economiche se la madre biologica decide di tenere con sé il/la bambina/o:

The Surrogate and her Husband understand that the Intended Parents have waited many years and are now expending significant time and financial resources to bring a child into their home, and are now relying greatly on the Surrogate to carry their Child. It is also understood by the Parties that grave, severe and intense emotional distress, humiliation and mental anguish may occur to either of the Parties as a result of an uncured or incurable material breach by the other Party, and the breaching Party may be held liable for such emotional distress, humiliation and mental anguish as well as other legal and equitable remedies, under one or more legal theories (www.allaboutsurogacy.com/sample_contracts/TScontract1.htm, consultato il 12 luglio 2013).

La scrivente si colloca tra coloro che al contrario ritengono che, in caso di contrasto di volontà, un vissuto puramente psicologico ed "esterno" della gravidanza abbia meno peso del vissuto della donna in gravidanza, che – quando diventa affettivo arrivando a voler crescere lei stessa il/la figlia/o – è non solo psicologico ma fondato sul legame fisico che ha intrecciato i due organismi. Quella che si vuole agisca da "contenitore", minacciandola con sanzioni economiche in un contratto, proprio in virtù dell'esperienza della gravidanza detiene il legame prioritario con il/la futura/o bambino/a, e la legge

⁷ Per una critica della visione bianca e *middle class* del processo procreativo come volontaristico, controllabile, supportato dalla tecnologia e imprescindibile veicolo di felicità vedi l'analisi del forum www.surromonline.com realizzata da ZsuZsa Berend (2010).

deve riconoscere la sua decisione, sia nel senso della separazione (come già accade per l'adozione) che della continuità della relazione materna. Una forzatura della volontà della madre biologica mi appare semplicemente inumana. In altre parole, un accordo preso prima di rimanere incinta non può avere più forza di ciò che la donna matura con l'esperienza vissuta, e i genitori intenzionali dovrebbero semplicemente e umilmente rispettare il punto di vista della madre biologica e non trattarla come la fornitrice scontata di un prodotto. È Invece una persona che può sviluppare legami che sono materialmente più significativi, per lei e per la/il futuro/a bambino/a, rispetto a quelli di chi «esternamente» attende un bambino⁸.

Torniamo al contratto. Il primo stato degli USA a legiferare riconoscendo i contratti di maternità surrogata con maternità genetica diversa da quella gestazionale è stato l'Illinois, con una legge varata il 1 gennaio 2005 (750 ILCS 47/15):

Sec. 15. Rights of Parentage.

(a) Except as provided in this Act, the woman who gives birth to a child is presumed to be the mother of that child for purposes of State law.

(b) In the case of a gestational surrogacy satisfying the requirements set forth in subsection (d) of this Section:

(1) the intended mother shall be the mother of the child for purposes of State law immediately upon the birth of the child;

(2) the intended father shall be the father of the child for purposes of State law immediately upon the birth of the child [...]

È importante quindi la distinzione tra maternità surrogata “tradizionale”, in cui l'ovulo proviene dalla gestante, e “gestazionale”, in cui alla madre portatrice viene impiantato un embrione ottenuto da ovuli non suoi⁹. Questo testo di legge che emenda l'Illinois Family Code ha stabilito le modalità del trasferimento della potestà genitoriale

⁸ Per un'analisi del contrasto tra questi due significati dati alla pratica da parte della madre biologica (che agisce in base al valore del dono) e dei genitori intenzionali (che la considerano in modo strumentale) vedi Goslinga-Roy (2000), che ha realizzato un'etnografia di una gravidanza per surrogazione. Vedi anche Berkhout (2008).

⁹ Il caso in cui l'ovulo non è della madre portatrice viene spesso denominato dai giuristi italiani “contratto di locazione di utero”. Secondo l'esperienza dell'avvocata intervistata, solo il 10% delle *surrogacies* sono “tradizionali”.

ai genitori intenzionali, attivato su domanda di qualunque parte sottoscrittente l'accordo di surrogazione "gestazionale", sia prima che dopo la nascita del/la bambina/o.

La procedura è analoga a quella californiana, così descritta da un'avvocata specializzata nella surrogazione:

Domanda: If we use a surrogate to carry our child, at what point are we recognized as legal parents?

Risposta: As long as you have followed proper procedures, and assuming your child was conceived in California, you will be able to get a judgment making you legal parents prior to your child's birth. I generally recommend waiting until the 2nd trimester – after the worst dangers of miscarriage are over – and then filing for parentage as quickly as possible and no later than the 25th week. Courts often take a month or more to process these actions, so it is best to leave plenty of time. Generally speaking, if the legal work is done correctly, most California courts are granting pre-birth surrogacy judgments on the papers, with no actual court appearance required (Wald 2013).

La California ha legiferato all'inizio del 2013, ma i contratti di surrogazione "gestazionali" sono validi e cogenti dal 1993 a seguito del verdetto della Corte Suprema nel caso *Johnson v. Calvert*. La legge del gennaio 2013 ha emendato così il Family Code:

"Intended parent" means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction.

f) "Surrogate" means a woman who bears and carries a child for another through medically assisted reproduction and pursuant to a written agreement, as set forth in Sections 7606 and 7962. Within the definition of surrogate are two different and distinct types:

(1) "Traditional surrogate" means a woman who agrees to gestate an embryo, in which the woman is the gamete donor and the embryo was created using the sperm of the intended father or a donor arranged by the intended parent or parents.

(2) “Gestational carrier” means a woman who is not an intended parent and who agrees to gestate an embryo that is genetically unrelated to her pursuant to an assisted reproduction agreement.

Il contratto, dopo il passaggio formale in tribunale, conferisce la potestà genitoriale ai genitori intenzionali da cui provengono i gameti, ed essi appaiono sul certificato di nascita. Al contrario, in caso di problemi la potestà genitoriale può essere solo condivisa dalla madre intenzionale se la portatrice è anche madre genetica, secondo il verdetto che una Corte d’Appello della California aveva emesso nel 1994 in un caso di *traditional surrogacy*, poi confermato dalla legge. Si trattava del caso *In re Marriage of Moschetta*, in cui la potestà genitoriale è stata attribuita in modo condiviso alla madre biologica e genetica e al padre. La madre biologica aveva deciso di crescere lei stessa la figlia a seguito della separazione della coppia di genitori intenzionali, che tuttavia cercarono, ciascuno per suo conto, di essere riconosciuti dal tribunale come genitori della bambina.

Molto discutibile è questa preminenza data nelle leggi al legame genetico (la provenienza degli ovuli) rispetto alla gravidanza. Addirittura, per alcuni autori “madre biologica” significa “madre genetica”. Alcuni tribunali hanno poi applicato alle donne i metodi per dimostrare la paternità maschile, cioè appunto la prova genetica, cancellando socialmente l’esperienza della gravidanza. I padri infatti vivono *sempre* la gravidanza dall’esterno dopo un apporto geneticamente fondamentale, così come la donna che non può portare a termine la gravidanza, la quale (se può) conferisce l’ovulo che verrà fecondato, in modo da avere un legame di parentela genetico con la/il figlio/a. Come un padre, quindi, attende il parto vivendo dall’esterno la gravidanza della madre surrogata. Ma applicare il modo di verificare la paternità anche alla maternità, richiedendo un test del sangue per provare l’affinità genetica e dichiarare legalmente “madre” non la donna che ha partorito ma colei da cui proviene l’ovulo, è sconcertante. Così accadde nel summenzionato caso *Johnson v. Calvert*, in cui Anna Johnson, la madre surrogata, chiese al tribunale il riconoscimento della sua genitorialità, ma la Corte d’Appello riconobbe Crispina, la madre genetica, come vera madre (secondo il tribunale solo a una donna poteva essere attribuito questo status), essendo risultata positiva al test di consanguineità:

The child was born on September 19, 1990, and blood samples were obtained from both Anna and the child for analysis. The blood test results excluded Anna as the genetic mother. The parties agreed to a court order providing that the child would remain with Mark and Crispina on a temporary basis with visits by Anna.

Secondo la Corte d'Appello: «Presentation of blood test evidence is one means of establishing maternity under Uniform Parentage Act, as is proof of having given birth», benché l'altro mezzo fosse quello di aver partorito. Alcuni commentatori favorevoli ai contratti preferiscono infatti la prova genetica, cercando di imporre il punto di vista maschile, che esclude l'esperienza della gravidanza, all'intera esperienza della procreazione: «This application of contract principles to family relations was both inappropriate and unnecessary. [...] the Court could have held that maternity, like paternity, requires a genetic relationship between parent and child. [...] it relies on the most important connection between a mother and child as the determining factor of motherhood (Place 1994). Ovviamente il fatto che “la connessione più importante” tra madre e figlio/a sia il contributo genetico è un giudizio che riflette l'esperienza maschile della procreazione (intendo proprio e solo “della procreazione”, non certo l'esperienza della genitorialità sociale). La Corte Suprema della California rigettò questa metodologia, ma addirittura a favore della pura e semplice volontà di diventare genitori testimoniata dal contratto. Per giustificare questa decisione citò un dizionario scientifico alla voce “zigote”:

When, pursuant to a surrogacy agreement, a zygote formed of the gametes of a husband and wife is implanted in the uterus of another woman, who carries the resulting fetus to term and gives birth to a child not genetically related to her, who is the child's “natural mother” under California law? Does a determination that the wife is the child's natural mother work a deprivation of the gestating woman's constitutional rights? And is such an agreement barred by any public policy of this state?

An organism produced by the union of two gametes (McGraw-Hill Dictionary of Scientific and Technical Terms, 4th ed. 1989, p. 783).

A cell that participates in fertilization and development of a new organism, also known as a germ cell or sex cell (McGraw-Hill Dictionary of Scientific and Technical Terms, supra, p. 2087).

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 [...].
(Sentenza Johnson v. Calvert, p. 51).

Entrambe le corti dimenticarono di menzionare che dallo zigote al/la bambino/a vi è il non influente passaggio intermedio della gravidanza! La madre “portatrice” viene così completamente cancellata addirittura dalla descrizione biologica del processo procreativo. Questa “dimenticanza” appare anche in alcuni siti web che pubblicizzano la surrogazione (in modo certo meno sorprendente di quella decretata per sentenza):

Same-sex couples face different fertility options and issues from heterosexual couples who can attempt conception without any medical help. Lesbian couples require an outside source of sperm while gay men require both eggs and uterus (*Same-sex Couples & Fertility*, in <http://abivf.com/patients/same-sex>, consultato il 15 giugno 2013).

Una simile riduzione di una donna a “utero” (una riduzione peraltro solo immaginaria, impossibile nella realtà) è comprensibile se si considera che questi siti web di agenzie di surrogazione sono principalmente rivolti ai genitori intenzionali, i quali dal punto di vista delle imprese commerciali rappresentano la fonte del profitto, mentre le madri surrogate sono per loro il mezzo per ottenerlo. Nello stesso sito (ma non si tratta affatto di un'eccezione), il disconoscimento del punto di vista delle madri surrogate arriva al punto di rappresentare la loro possibile decisione di tenere il/la bambina/o come un “rischio”:

Since common law presumes that the woman giving birth is the child(ren)'s mother, surrogacy requires extensive legal assistance so that the Intended Parents are recognized as such on the birth certificate and a drawn-out custody battle is avoided. Whereas the legal status of gestational surrogacy is well established in

California and several other states, traditional surrogacy presents more legal pitfalls because the surrogate's claim to the child(ren) is much stronger since it is based upon both a genetic and gestational link. Thus, for safety reasons alone, gestational surrogacy is generally preferable to traditional surrogacy (<http://abivf.com/solutions/surrogacy>, consultato il 15 giugno 2013).

Ma qual è l'atteggiamento tipico delle parti le une verso le altre, così come emerge dalla letteratura? La maggior parte delle madri surrogate fa questa scelta per altruismo e rispetta la promessa fatta ai genitori intenzionali (Parker 1983; Ragoné 1996; Goslinga-Roy 2000; Berend 2010)¹⁰. Si parla di una loro "etica del dono" (che secondo la legge statunitense non dà luogo ad alcun contratto). Per Helena Ragoné l'etica del dono sintetizza bene le motivazioni delle madri:

Fran, whose dismissal of the importance of payment I have already quoted, also offered another, more revealing account of her decision to become a surrogate mother: I wanted to do the ultimate thing for somebody, to give them the ultimate gift. Nobody can beat that, nobody can do anything nicer for them" (Ragoné 1996, 355).

Secondo ZsuZsa Berend (2010, 256) la visione sociale considera la coppia infertile come meritevole di avere un bambino, e le madri surrogate guadagnano in status per aver reso felici le coppie infertili:

As I argued earlier, infertility, pregnancy loss, and repeated attempts at treatment bestow a special status on couples as deserving of a child, and, by extension, a special status on surrogates who "make dreams come true".

Il forum www.surromonline.com, studiato per più di sei anni da ZsuZsa Berend, è il più grande sito di comunicazione tra le madri surrogate, forte di 5.000 iscritte. Funziona anche da "coscienza collettiva" per richiamare le "devianti" ai valori condivisi del distacco emotivo dal feto come espressione della loro etica del dono (vedi oltre), se le

¹⁰ Ragoné scrive anche: «As one program psychologist explained, the amount paid to surrogates is intentionally held at an artificially low rate by the programs so as to screen out women who might be motivated solely by monetary gain» (Ragoné 1996, 354).

madri surrogate avessero dubbi sulla loro funzione di contenitore di “bambini” altrui. Nel seguente episodio (un aborto spontaneo), il ruolo di richiamare ai valori condivisi nel forum è stato assunto direttamente dalla madre intenzionale:

Gestational surrogates explain their lack of attachment by reference to both genetics and intent. One intended mother, who already had two children, reminded surrogates, “I am sorry that... you must experience pain and discomfort but please remember this isn’t ALL about you... You are having a miscarriage, yes, I realize that and it’s miserable... But please try to remember that is my baby that died inside your body... life will be back to normal for you. I...will spend the rest of my life missing my unborn child... My arms will ache for the rest of my life to hold that baby”.

Her surrogate wholeheartedly agreed; this IM [*intended mother*] would “deserve that [baby] so much...If there was another chance, I’d do it for you in a heartbeat!!” (Ivi, 252)

Un punto interessante, che non ho potuto indagare per la difficoltà a ottenere interviste con queste parti in causa, è il contrasto tra la motivazione altruistica delle gestanti e i motivi molto più utilitaristici dei genitori intenzionali. Nell’etnografia di Gillian Goslinga-Roy questo contrasto è finemente e acutamente analizzato. Pamela è la madre intenzionale, Julie la portatrice:

To Pamela’s repeated “You baked her” and “Look at what a good job you did: she’s beautiful”, Julie insisted, over and over, through her tears, “look at the good job we did”. Her own aspirations of this moment – the sense of having shared a pregnancy, of being a part of the making of a family, her desire for a deep and satisfying reciprocity – were lost in Pamela’s completely utilitarian assessment of Julie having done the job well (Goslinga-Roy 2000, 134).

Goslinga-Roy attribuisce la visione utilitaristica di Pamela, che esclude Julie proprio da quella partecipazione alla creazione di una famiglia che l’ha motivata a diventare una madre surrogata, a una visione puramente biologica e non relazionale della maternità:

Pamela's anxieties and guilt, I have suggested, were greatly exacerbated by her uncritical dependence on a biologized notion of motherhood. This dependence, reinforced by the discourses and practices around her, precluded the possibility of a genuine sharing of the pregnancy, the comothering of sorts Julie was in fact proposing. Pamela's inability to expand the boundaries of her own privatized, individualized, and gendered self/body pitted her against the person of Julie, sometimes explicitly, sometimes implicitly (Ivi, 129).

Non sembra affatto quindi che il contratto sia essenziale alla realizzazione della maternità surrogata, anzi in casi come questo la visione individualistica e "proprietaria" è controproducente. L'inaccettabilità etica del contratto può essere illuminata anche sotto l'aspetto della titolarità al diritto di aborto, e di questo mi occuperò ora in particolare, a partire dalla letteratura, da contratti "campione", e da una piccola casistica, per lo più giornalistica e non legale, dal momento che, secondo la mia ricerca sulla banca dati Lexis-Nexis, le uniche fonti giurisprudenziali sono il caso Beasley e il caso Baby M¹¹.

Gli esempi di contratti di surrogazione validi in California (sito www.allaboutsurogacy.com, vedi appendice) mostrano che l'oggetto del contratto è innanzitutto l'obbligo di rinuncia alla potestà genitoriale. Altri punti importanti sono la questione dell'assistenza sanitaria e delle altre spese da rimborsare alla madre surrogata. Inoltre, il contratto prevede che la madre surrogata si sottoponga a una serie di esami medici decisi dalla coppia e dai professionisti che la seguono¹², nonché a restrizioni nello stile di vita volte a garantire la salute del feto. Riguardo sia agli obblighi di cura che alle restrizioni nello stile di vita (per quanto ragionevoli), la legge italiana li considererebbe già inaccettabili ingerenze, secondo il «principio che imputa alla donna incinta il diritto di gestire in maniera esclusiva la propria condizione fisica» (Faraoni 2002, 303). Infine

¹¹ Oltre ai testi già citati, vedi anche Boling (1995), Ehrenreich (2007), Markens (2007), Spar (2006), Steinbock (2002).

¹² Ad esempio, questa madre surrogata che scrive su un forum lamenta una ingerenza nella scelta della modalità del parto: «I want to go about labor and delivery as natural as possible and from the beginning they've sworn they trusted me and would back me up when it came to fighting for a vaginal, natural birth. Now IM [*intended mother*] is basically telling me that I'm lucky she's not scheduling an automatic c-section because the babies are hers, so she can decide how and when they're born» (<http://www.allaboutsurogacy.com/forums/index.php?showtopic=54547>, consultato il 20.6.2013).

il contratto tipico dichiara che la madre gestante deve sottoporsi alla riduzione embrionale, cioè a un'interruzione selettiva di gravidanza, in caso di impianto pluriembrionale con attecchimento di più di un embrione, sempre seguendo le indicazioni dei genitori intenzionali. Anche l'aborto in caso di malformazioni del feto è deciso, per contratto, dai genitori intenzionali¹³.

Ma negli Stati Uniti l'aborto su decisione della sola donna è stabilito da una sentenza della Corte Suprema del 1973 (*Roe v. Wade*) ricorrendo al principio costituzionale del diritto alla privacy, che in materia procreativa significa quindi diritto all'autonomia della donna nelle decisioni relative alla procreazione, alla contraccezione e all'aborto. Come scrive anche l'*American Fertility Society* (citata in Ivi, 129; vedi anche Allen 1990), «in quanto diritto costituzionale, il ricorso all'aborto è di titolarità stretta della donna incinta: le leggi statunitensi che consentono la surrogazione per contratto infatti non menzionano la questione dell'aborto/riduzione embrionale. Se vi sono norme contrattuali contrarie, queste dovrebbero essere automaticamente invalidate».

Though most surrogacy contracts contain a provision that the surrogate will carry the child to term, such a clause would probably be declared invalid in the face of *Roe*. Similarly, clauses granting to the biological father the right of demanding an abortion – usually after amniocentesis indicates the child is defective – could not stand (Keller 1988, 162).

La questione dell'aborto è stata menzionata anche nella sentenza *Johnson v. Calvert*, così riassunta da Alayna Ohs (2002, 345, n. 30):

The appellate court that reviewed the *Johnson* case asked a similar question, but they chose not to answer it as being an issue better left to the legislature (see *id.* at 997-98). However, the subsequent California Supreme Court case noted that abortion was specifically written into the contract (*Johnson*, 5 Cal. 4th at 96). The contract also recognized, however, that «all parties understand that a pregnant woman has the absolute right to abort or not abort any fetus she is carrying. Any

¹³ La questione è dibattuta da Faraoni (2002, 302-308) nel paragrafo «Paradosso status: la questione dell'aborto nella surrogazione».

promise to the contrary is unenforceable» (Id. at 96-97). Thus the court did not elect to address this issue (Id. at 97).

Nel caso Baby M la Corte stabilì che: «After conception, only the surrogate shall have the right, to the exclusion of the sperm donor, to decide whether to abort the fetus. Her decision to abort must comply with the guidelines set forth in Roe» (Superior Court of New Jersey 1987, 1143).

Ciononostante, alcuni commentatori sono favorevoli a spostare la titolarità della eventuale scelta di abortire o ridurre gli embrioni ai genitori intenzionali, con argomenti che configurano la/il futuro/a bambino/a come una proprietà:

Most legal and medical professionals believe, under the current state of the law, that a gestational carrier can freely abort the entrusted embryo at any time, and for any reason, without recourse for the intended parents. This is wrong. The gestational carrier should be treated as a fiduciary, the trustee of the embryo she is carrying. Her responsibilities as a fiduciary are to protect the subject of the trust, to defend the trust corpus from attack, to make the subject of the trust productive, to satisfy her duty of loyalty to all beneficiaries and to not engage in self-dealing. Any one of these duties alone would preclude the gestational carrier from getting an abortion unless her own life or physical health were at stake [...].

There is no easy answer when considering the right of a gestational carrier to abort the fetus she is carrying. On the one hand, are the intended parents who desperately want a child of their own and have paid a high monetary, physical and emotional cost to provide embryos to the gestational carrier. On the other, is the gestational carrier who could be required to endure the pains of gestation and childbirth. However, since the burden was freely and knowingly taken, and the gestational carrier owes a fiduciary duty to the intended parents and the fetus, the scales should tip in the balance of restricting the gestational carrier's right to abort (Yamamoto e Moore 2001, 185-186).

Oppure, semplicemente, perché il contratto sottoscritto così stabilisce:

The sole exceptions where the surrogate mother will be permitted to undergo abortion procedures will be if a medical professional determines that the life of the surrogate mother is in danger. This process will be acceptable to prevent harm to the surrogate mother. The intention of the parties is to bring a child into the world; therefore, there is no reason other than danger to the life of the surrogate mother for an abortion to take place. Although this provision may violate a woman's right to privacy, the surrogate mother is contracting to bear a child. Therefore, any abortion procedure for reasons other than to save the life of the mother will constitute a breach of the contract (Garrity 2000, 829, n 105).

Le madri surrogate che rifiutano di sottoporsi alla riduzione embrionale o di abortire un feto che appare non sano non possono essere legalmente costrette a farlo, né fermate nel caso in cui volessero abortire/ridurre gli embrioni. Tuttavia, la loro decisione infrange il contratto, che prevede che debbano risarcire economicamente i genitori intenzionali, rimborsando anche i soldi ricevuti fino ad allora, somme ottenute mensilmente a copertura delle loro spese o poco più. Cosa succede concretamente in questi casi? La ricerca tematica *abortion* e *surrogacy* nella parte sugli Stati Uniti della banca dati Lexis-Nexis (consultata il 18 luglio 2013) ha individuato 248 articoli apparsi in Legal Journals, 14 su Magazines & Journals, e 5 Scientific Materials, ma nessuno di essi ha menzionato casi giudiziari in cui i tribunali si siano pronunciati su questo specifico punto (con la possibile eccezione del caso Beasley, che vedremo tra poco). Il punto controverso è la liceità delle sanzioni pecuniarie stabilite dal contratto nel caso in cui la donna prenda decisioni sulla gravidanza avvalendosi del suo diritto a scegliere se abortire o no, senza l'approvazione dei genitori intenzionali (e, da contratto, anche del loro medico). I contrasti tra madri surrogate "a contratto" e genitori intenzionali riportati dalla stampa¹⁴ nei (pochi, ribadisco) luoghi dove il contratto è legalmente valido sono solitamente fughe delle madri per non consegnare i figli a seguito di divergenze che

¹⁴ Ad esempio: Bryan Robinson: «Fetuses and surrogacy lose in legal battle» (<http://abcnews.go.com/US/story?id=92627&page=1#.UeaKiexpDZI>, consultato il 15.7.2013); Mark Hughes: «“It wasn't their decision to play God”: Surrogate mother flees after couple demands abortion of disabled baby», The Daily Telegraph, National Post Wire Services 13.3.06 (<http://news.nationalpost.com/2013/03/06/it-wasnt-their-decision-to-play-god-surrogate-mother-flees-after-couple-demands-abortion-of-disabled-baby/> consultato il 15.7.2013); «Surrogate mother pushes for adoption», BBC, 12.8.2001, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/1485494.stm> consultato il 20.7.2013).

riguardavano anche l'aborto. L'unico caso in cui un tribunale si sia pronunciato contro il risarcimento non è purtroppo chiarissimo, dato che le richieste presentate ai giudici erano molteplici. Helen Beasley vinse una causa contro i genitori intenzionali che avevano chiesto un risarcimento per il suo rifiuto di una riduzione embrionale, che avrebbe dovuto avvenire dopo la dodicesima settimana, cioè – secondo Beasley – dopo il termine stabilito oralmente, mentre il contratto non riportava limiti su questo punto:

When Helen Beasley, a 26-year-old single mother from Britain, agreed to serve as a surrogate for Charles Wheeler and Martha Berman, she considered it an opportunity to provide the American couple with a “happy ending”. Beasley did not anticipate that several months into the pregnancy she would find herself engaged in a legal battle over the terms of the surrogacy contract. What prompted the lawsuit was Beasley’s discovery that she was carrying twins. This discovery led Wheeler and Berman, both lawyers in California, to terminate the contract, having paid Beasley only \$ 1,000 of the \$ 20,000 they had originally promised her. The couple relied on the terms of the surrogacy contract, which called for Beasley to abort additional fetuses in the event of a multiple pregnancy. When she refused to proceed with the selective reduction, Beasley filed a lawsuit against the couple, claiming that they had abandoned the children. In response, Wheeler and Berman demanded \$ 80,000 in expenses, alleging that Beasley broke the terms of the surrogacy contract (London 2012, 391).

In questa nota Catherine London riporta *l'esito* finale della sentenza (originale non reperito): «In the end, the court ordered the couple to pay Beasley \$ 6,500 and to continue making payments to her in the future» (*Ibidem*, n. 7).

Pochi altri episodi emergono dalla letteratura studiata. Due sono riportati dalla rassegna legale curata da Crockin (2010), che è favorevole ai contratti di surrogazione. Entrambi coinvolgono cittadine britanniche. Una è Beasley che, come abbiamo visto, rifiuta nel 2001 una riduzione embrionale e vince la causa contro i genitori intenzionali. La decisione della donna di far nascere e poi tenere con sé entrambi i gemelli venne poi convalidata da un tribunale britannico (Ivi, caso 6.30 *British high court decides gestational carrier is mother of twins* – vedi quotidiani inglesi del 26 febbraio 2002).

Nel 2006 invece si rompe il rapporto tra madre surrogata e genitori intenzionali perché la madre surrogata percepiva la coppia come *businesslike* nel modo di trattarla, ad esempio per il rifiuto della coppia di dire in futuro ai figli, asiatici, di essere nati da una madre bianca. Inoltre: «She [*la madre surrogata*] was also reportedly angered when, after expressing her reservation about carrying a twin pregnancy, she was immediately scheduled for termination without further input or discussion» (Ivi, caso 6.39 *British gestational carrier fights to keep twins* – fonte: *Mail on Sunday* 17 dicembre 2006 e 25 gennaio 2007).

Un altro caso, finito con la fuga della donna incinta verso uno stato degli USA che non riconosce i contratti di surrogazione, è stato molto commentato sulla stampa:

In one such case in Connecticut where a fetus was shown to have abnormalities, the surrogate was offered \$10,000 to abort. She declined. Because state law clearly identified the “purchasers” as the parents, the surrogate moved to another state, had the baby and placed her in an adoptive home. (www.cnn.com/2013/03/04/health/surrogacy-kelley-legal-battle, consultato il 5 luglio 2013).

La stessa madre ha descritto la vicenda nel blog <http://surrogateinsanity.blogspot.it/> (consultato il 20.7.2013).

Si discute la questione dell’aborto anche sul forum on line www.surromomonline.com:

The position that “it is a baby when the embryo implants into the uterine lining”, and that “life begins at conception”, is shared by the majority of surrogates. About three quarters of the women who answered a poll maintained that life begins at conception and the fetus is a baby [...] Many say they are prochoice but would personally never choose abortion. The prochoice stance contends that a woman has a right to her body, and, by extension, has a right to be a surrogate.

This may account for the curious coexistence of prochoice and prolife orientations. “I PERSONALLY choose not to abort or reduce... I do not try to push my beliefs off on to someone else... Never once have I ever told someone what to do with

their body”¹⁵. Some surrogates are firmly antiabortion; others would not choose it for themselves but would consider it if their couple wished so for some valid reason. To be sure, this is consistent with surrogates’ claims that the baby is not theirs. As a surrogate explained, “in looking for IPs [*intended parents*, nda] I’ve been asked about this [selective reduction] so much... it’s the IPs’ baby so it’s their choice” [...].

Surrogates also often assert that “God is the only creator of life. I also believe He’s all knowing. So, God knows what’s going on and if He wants this life to be created through surrogacy then He’s not creating a baby for me, He’s creating it for my IPs. Therefore, I’m not giving up my baby. I’m simply handing over theirs” (Berend 2010, 251-252).

Invece il punto “riduzione embrionale su richiesta” vede le madri surrogate divise: «Of the 235 women who voted on the selective reduction poll, 56 percent answered «yes» and 39 percent answered «no» to whether they agreed to selectively reduce if the IPs requested it» (Ivi, 259, n. 20).

I due intervistati californiani hanno spontaneamente menzionato la questione aborto/riduzione embrionale come potenziale motivo di contrasto tra le parti in causa. Il fatto che i contratti di cessione della potestà genitoriale siano stati ritenuti validi nel 1993 dalla Corte Suprema del loro stato nel caso di ovuli che non sono della madre biologica (*gestational surrogacy*) ha reso (ancora più) rari i ripensamenti sulla rinuncia alla maternità, come racconta l’avvocata californiana, che ha una pratica pluridecennale di questi contratti:

In my time, I never had a surrogate who wanted to keep the child, never, ever. They like being pregnant. Intended parents find surrogates who have kids and are usually married. So they never...

Domanda: When do they give up the baby?

Risposta: Right after birth. They don’t usually breastfeed them. They pump their breast for several weeks and they get paid for that, until the 15th week or something like that. So they do never breastfeed them. And sometimes when they

¹⁵ Che è esattamente quello che lei accetta dagli altri, cioè che i genitori intenzionali le dicano cosa fare del suo corpo.

have children, who are younger, they often have young kids, and if they see mommy pregnant and everything, they say, can we have an hour with my kids, after birth, alone, in the room with my kids and the baby, and the parents are happy with that. They do that, sometimes, just because mommy is pregnant, there's a baby in there, and she has to explain that.

La questione dell'aborto invece ha sollevato più problemi nella pratica di questa avvocatessa, dal momento che il diritto ad abortire di cui è titolare la donna è appunto un diritto costituzionale che non può essere negoziato per contratto. Tuttavia la forza psicologicamente cogente del contratto, con in più la sua minaccia di sanzioni pecuniarie, viene usata (benché l'intervistata chiaramente preferisca evitare i problemi con la chiarezza tra le parti):

Domanda: Did you ever had a case where the surrogate tries to go against the Supreme Court?

Risposta: Never. The only trouble I've run into is when the parents seem to be too controlling. It's the only time I've had issues. The surrogate says: "I don't want them at the medical appointment, I don't want them at the birth, I just can't take it anymore». And I had one time when somebody didn't want to be reduced, from triplets to twins, she really really didn't want to do it, but in the end she did it, because she knew she had agreed to at the time. You know, there's always a phrase there: "If there's a severe genetic defect, the parents have the right...". If you get a surrogate who is saying "well, I don't want to do it if...", then I tell the parents "I don't think it is a good match for you". If you find a surrogate and parents who would never abort, fine, that's a match. You have to really find people who psychologically match that way.

Domanda: So do you try to persuade parents to refuse a particular person?

Risposta: Yeah, I would do that. "Look, this could be trouble". And I would rather they would start at the beginning with someone who was on the same moral view about that.

La questione deve essere chiarita in anticipo anche secondo il ginecologo, che considera il potenziale contrasto su questo punto il fattore più preoccupante di tutta la procedura:

And they [*the intended parents*] do not know about the criteria, how you go about evaluating if someone is going to be a good candidate for surrogacy. So, you know, the psychological, sociological perspective, medical perspective, you want to review their references, you do not rush into it.

You don't want to form a bond between the intended parents and the surrogate before you know if the surrogate is going to be ok. I mean, the surrogate has to accept the idea that the parents may want to terminate the pregnancy and there are lots of people that are opposed to abortion, so you have to talk to them about it; or if there's an abnormality and maybe it's twins and the parents want to eliminate one of the children and keep the other one, you need to make sure that the person is going to be ok doing something that maybe they wouldn't do themselves in their own pregnancy. It's not their pregnancy, not a thing they can make a decision about, and that eliminates lots of people.

Domanda: What could be a cause for termination of pregnancy? Relationship problems?

Risposta: Well, I mean, I think... It depends, if the egg came from the woman... she's trying to get pregnant, she may be older and the egg may not be so healthy, so there are going to be significant chances that the surrogate is going to lose the pregnancy to a miscarriage; or if the pregnancy goes on and you do genetic testing, you may know the pregnancy is not normal and in that situation it may also not work out. In case in which you use the egg donor, then it's more likely to be successful, because usually the egg donors are young and the embryos are healthier and there's much less risk of miscarriage. But then it would be... for instance, when we work with gay men we use an egg donor and a surrogate, so we have an ideal egg and an ideal uterus, so the pregnancy is very likely to succeed. For each couple that came, that has been successful, and that's an ideal kind of situation, but if you're dealing with the egg from a woman who's maybe 39-40 years old, then maybe the pregnancies are more likely to be lost.

Queste considerazioni lo fanno arrivare alla conclusione che è necessario che un'agenzia faccia da intermediario specializzato, perché nella ricerca fai-da-te dei genitori intenzionali di una madre surrogata non sempre questo importante tema viene preso in considerazione. L'avvocata, dal canto suo, menziona sempre ai suoi clienti (sia genitori intenzionali che madri surrogate) questa potenziale fonte di conflitto:

Every time I say: "Before you choose a surrogate, when you are interviewing them, ask them how they feel about reduction, termination. You have to make sure, ask a lot of question about that". A lot of people don't consider Down syndrome in the contract, and most people wouldn't abort to that. We actually have to put down that in there.

L'intervistata prosegue raccontando un caso che ha seguito:

I just had a surrogate who's doing... She's a niece of one of the parents, who are a gay couple, two men. And she's specifically said: "I would only carry one child, no matter what". Usually they carry at least two. And I said: "Even if it's identical twins?" They're both in the same amniotic sack. And she said: "Look, they can hire a professional, I am doing it as a favor". She's not getting paid. And they had to accept.

Every time you have at least twins, you have a higher risk, you might go on bed rest for the last month... She didn't want to put her body through that, basically. Usually you don't get people who would not carry twins, you might get people who would not carry triplets.

La forza dell'obbligazione contrattuale viene scientemente usata a vantaggio dei genitori intenzionali, come dichiara, piuttosto candidamente, l'avvocata intervistata:

Everybody has been cleared by psychologists. And even medical clinics are requiring that. They have to make sure the parents and the surrogate don't have any diseases they are going to pass on to the child or to the surrogate. So, once cleared, they go to the lawyers, that means us, we draft the contract, which covers everything from the intention of the parties, making sure they understand law in

California, making sure they understand law could change in California while they are pregnant, making sure they talked about and write down abortion, when they would abort, when they would not abort, when they would do a reduction for triplets, twins, and when they would not. It's not constitutional to enforce that, to make someone have an abortion or make them not have an abortion. But you can say: if you have an abortion, you have to pay them back or you can say... Usually you agree that if there are significant genetic defects, you agree to abort the child, and it's a parents' decision. And you usually say that if the parents and the doctor decide that, if you are carrying triplets, it's bad for your health, you reduce to two or one, based upon what the parents and doctor decide. The surrogate has to give those healthcare decisions about the baby to the parents. There's always something in there, tho', that says that if the surrogate is endangered, she makes the choice about aborting or about reducing from multiple to one, and also the financial ramifications for breaching that. You cannot enforce someone to physically to reduce or to abort the child, or not to. It's a constitutional right over your own body. But you try to make it sound like they have to. The contracts are getting longer and longer and there are lifestyle prohibitions, so they are trying to say you can't drink coffee, they don't want artificial sweeteners, so it grows and grows.

Anche il ginecologo dà per scontato che il “rischio” sia la situazione sfavorevole ai genitori intenzionali, in questo brano in cui abbiamo parlato dell'eticità del contratto:

Domanda: From my point of view, what is most controversial is the possible reaction of the surrogate mother, who after the pregnancy could not want to relinquish her parental rights. Have there been cases of this?

Risposta: No, because we do... mostly we do gestational services, where the woman only gets the egg and the egg is not from her. And all the surrogates also have children of their own, you cannot be a surrogate and not have children. I mean, it's not a law but it's good medical practice, and it's the guidelines, so... And they're counseled extensively that it's not their child, and in California the Supreme Court made the decision that in this situation, the woman who carries the pregnancy is not the mother, so they do not have the legal right to keep the child. Now, traditional surrogacy is more risky because they provide the egg and the

uterus and other states maybe do not have such a favorable legal climate as we have here, so people come from other states because there maybe their contracts are not enforceable, valid, you can challenge them. But in California it is not going to work, the legislation is so that you're going to lose it.

Anche nell'intervista con l'avvocata è stata affrontata la questione dell'eticità della costrizione portata dai contratti:

Domanda: Shouldn't the surrogate not be bound by a contract? She should have a chance to change her mind.

Risposta: No matter what, he's gonna be the father, because he's genetically related, 99% of the time. I see your point about coercion but that's why you make sure they are represented by a lawyer. Before they sign the contract, you make sure they have a lawyer who explains... The thing about having the contract, is that it makes you discuss and think about the outcomes: "What about if the parents want an abortion?" It makes you talk about abortion, it makes you talk about reduction, it makes you talk about things. The thing is: even if you didn't have a contract, it's legal and the law recognizes the [*intended*] parents.

But the point is, it's not really the contract. I don't think it is making [*stopping?*] these people who really want to try to keep the baby. The few times they're trying to keep the baby in the court are when the parents are going to get divorced and they don't want the baby to get into a broken family.

I talk to the surrogates, there's never a question in their minds about it, I've done it hundreds of times. I always say: "Look, are you sure? You are going to give this child". And they say: "Oh God no, I've got three kids, I don't want another kid. I just want to help these people". And the surrogates I've talked to they do it ... clearly... for them 20 or 30.000 dollars it's a lot of money, but that's not enough to carry a kid. They like to be pregnant, they like the feeling, they like the attention, the feeling of being pregnant.

In conclusione, la presa di possesso del corpo altrui sanzionata dal contratto risulta ancora più evidente considerando la questione della titolarità dell'aborto, che i contratti

californiani – in modo contrario alla stessa Costituzione degli Stati Uniti – attribuiscono ai genitori intenzionali, sotto pena di sanzioni economiche.

Il contratto di maternità surrogata in California è mirato a conferire ai genitori intenzionali poteri spropositati nei confronti della donna che è disponibile a portare a termine una gravidanza per loro, addirittura cercando di spostare la titolarità del diritto costituzionale all'interruzione di gravidanza dalla donna alla coppia “committente”. Il risultato sociale dell'esistenza di questi contratti è il rafforzamento di una particolare interpretazione della pratica di maternità surrogata: quella che vede la madre biologica come un ventre al servizio dei “committenti”, da cancellare – spesso anche nella storia familiare – dopo essere stata usata come un contenitore, quasi un corpo inanimato che deve obbedire agli ordini senza esprimere la propria posizione rispetto a che fare del suo “contenuto”, perché esso è considerato di proprietà altrui. Tale interpretazione strumentale è agli antipodi delle motivazioni altruistiche con cui le donne negli Stati Uniti si prestano a diventare madri surrogate, cosa che potrebbero fare senza sottoporsi agli obblighi di un contratto.

Appendice

1.1. Estratti dall'esempio di un contratto di gestational surrogacy:

Sample GS Contract: www.allaboutsurrogacy.com/sample_contracts/GScontract1.html.
Surrogate and Surrogate's Husband shall have medical examinations, blood and other tests as determined by Genetic Father and Intended Mother and their advisors. [...]

The Surrogate agrees not to smoke any type of cigarettes, drink alcoholic beverages or excessive caffeinated beverages, or to use any illegal drugs, prescription or non-prescription drugs without the written consent of her physician and/or obstetrician. The Surrogate agrees not to travel outside of the United States of America after the second trimester of the pregnancy, with the exception of the event of an extreme illness or death in the Surrogate's family and only upon the written consent of her physician and/or obstetrician. [...]

The Surrogate and Surrogate's Husband agree to make no attempt to contact or maintain communications with the Child(ren) born pursuant to this Agreement, or with any member of the stated Parties' families subsequent to the birth of the Child(ren) without the Genetic Father or Intended Mother's prior written approval. Further, Surrogate and Surrogate's Husband agree that they will not intervene or interfere with the upbringing of the Child(ren), or in the lives of the Genetic Father, Intended Mother and Child(ren), unless otherwise agreed in writing and signed by all Parties.

In the event that custody of the Child(ren) is awarded to the Surrogate or her family, or any individual or organization not related to the Genetic Father, by any court decision or otherwise, the Genetic Father shall be indemnified by the Surrogate for any and all moneys he is required to pay for child support or medical procedure related expenses pursuant to any court order, and shall be entitled to immediate reimbursement from the Surrogate for all allowable reasonable and actual expenses paid by the Genetic Father and Intended Mother to the Surrogate pursuant to this Agreement or expended on behalf of the Surrogate. [...]

Abortion

The Parties recognize that the Surrogate has the constitutional right to abort or not abort the pregnancy, however, the Parties intend to conform, to the best of their ability, to the following terms of this Agreement.

An abortion procedure shall not occur beyond the twentieth (20th) week of pregnancy, unless a medical doctor, the treating physician or Surrogate's obstetrician, or some other medical professional states that such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate.

The Surrogate waives any rights she may have to abort the pregnancy, except for medical reasons verified by a physician chosen by the Genetic Father and Intended Mother, or some other independent physician or obstetrician, not already involved with the Surrogate's pregnancy, and/or if such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate. If the fetus(es) has been determined by any designated physician to be physically or psychologically abnormal, the decision to abort

the pregnancy or not to abort the pregnancy shall be the sole decision of the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate agrees to accept a clinical abortion under the circumstances stated in the foregoing paragraphs. However, in the event that the Surrogate refuses to proceed with a clinical abortion, Surrogate agrees to the termination of all expenses under *Section IX* of this Agreement. Further, Genetic Father and Intended Mother shall not be responsible for those medical expenses incurred by the Surrogate due to unforeseen complications of which would have been avoided had an abortion occurred. Furthermore, in the event that the Surrogate refuses to proceed with a clinical abortion, all further performance required by the Genetic Father and Intended Mother under the terms of this Agreement is excused. [...]

Selective Termination

In the event that the embryo transfer results in three (3) or more fetuses, the Parties to this Agreement may agree to fetal reduction in order to reduce the number of fetuses. Surrogate's refusal to selective reduction, so long as, in the opinion of the Surrogate's obstetrician, said reduction will not endanger the health of the Surrogate or the remaining embryos, as provided herein, constitutes a breach of the Agreement by Surrogate.

Surrogate agrees that she will not undergo fetal reduction without the express written consent of the Genetic Father and Intended Mother, except where such procedure is necessary to prevent serious physical harm of the Surrogate. Consent of all Parties shall not be unreasonably withheld.

All Parties understand that in light of applicable controlling law regarding a woman's right to an abortion, the Courts may determine that any promise that purports to limit that right may be unenforceable. [...]

The Surrogate breaches this Agreement if she:

1. Aborts the pregnancy in violation of this Agreement without the consent of the Genetic Father and Intended Mother.

2. Acts in a manner dangerous to the well-being of the unborn Child(ren) by failing to follow the directions of her physician, using medications or drugs not prescribed by

her physician, using any tobacco product, using alcohol, attempting to intentionally inflict harm to the unborn Child(ren), or acquiring a venereal disease during the pregnancy.

3. Knowingly provides false or misleading information to any physician or psychotherapist as specified herein.

4. Becomes pregnant prior to the embryo transfer.

5. Fails to timely cooperate with legal proceedings to effect the intent and objective of this Agreement, and establish the Genetic Father and Intended Mother as the parents of the Child(ren).

6. Fails to relinquish custody of the Child(ren).

7. Violates any other provision of this Agreement.

If the Surrogate breaches this Agreement or fails to fulfill her obligation:

1. She relinquishes her entitlement to the payment of expenses, and if she has received the benefit of any portion or all of the payment of such expenses, she must immediately refund it to the Genetic Father and Intended Mother.

2. She will be responsible for all monetary expenses incurred by the Genetic Father and Intended Mother, including, but not limited to, medical expenses, psychological expenses, travel expenses, and all legal expenses.

3. She becomes liable for expenses already incurred incident to this Agreement.

4. She becomes liable for any necessarily incurred legal expenses to effect the intent and objective of this Agreement, and establish the Genetic Father and Intended Mother as the Child(rens) parents.

1.2. Estratti dall'esempio di un contratto di traditional surrogacy::

Sample TS Contract. Single intended father: www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/TScontract1.htm.

All parties have been advised that *Surrogate* cannot be legally bound to sign consent for the relinquishment/termination of parental rights, should she be considered to have any parental rights, to a child conceived under this Surrogacy Agreement until after the birth of the child; however, the parties desire to set forth his present intent [...].

Abortion/Selective Reduction. *Surrogate* has the constitutional right to decide whether to abort. However, *Surrogate's* decision to abort must comply with constitutional guidelines. If *Surrogate* undergoes an elective abortion in the absence of circumstances set forth below, she will be deemed in breach of this Agreement, and shall be liable to *Genetic Father* for all costs incurred under this Agreement, including but not limited to medical expenses and legal fees.

It is the intent and understanding of the parties that *Surrogate* shall undergo a selective reduction under the following circumstances: 1) if her own health is threatened in the opinion of *Surrogate's* obstetrician or an emergency health care provider; (2) upon the request of *Genetic Father* in the event the foetus (or foetuses) is diagnosed with a significant mental and/or physical abnormality, in the opinion of *Surrogate's* obstetrician and (3) upon the ongoing development of more than two foetuses.

Handicap Discovered Prior to Birth, while therapeutic abortion is still an option.

In the event *Surrogate* is informed by her treating physician that the child runs a substantial risk of a physical or mental abnormality, and the diagnosis is confirmed by a second physician, *Genetic Father* shall have the option of declining to parent such child and request an abortion. In such event, *Surrogate* may choose to abort, parent the child or to have the right to place the child for adoption.

1. If *Surrogate* chooses to abort, all abortion costs as well as any additional medical costs resulting from the abortion shall be paid by *Genetic Father*;

2. If *Surrogate* chooses to parent the child or place the child for adoption, *Genetic Father* shall not be responsible under contract for child support payments but understands he may be held responsible under applicable state law [...].

Postpartum contact between the *Genetic Father*, resulting offspring and *Surrogate* shall be upon the mutual agreement of the parties with the best interest of the Child controlling it.

Surrogate, agrees that in the best interest of the child she will not form or attempt to form a parent-child relationship with any child born pursuant to the terms of this Agreement.

Riferimenti bibliografici

- Allen, A.L. (1990), *Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life*, in «Harvard Journal of Law & Public Policy», vol. 13, n. 1, pp. 139-151.
- Anderson, E. (1993), *Value in Ethics and Economics*, Cambridge, MA, Harvard University Press: The MIT Press.
- Berend, Z. (2010), *Surrogate Losses: Understandings of Pregnancy Loss and Assisted Reproduction among Surrogate Mothers*, in «Medical Anthropology Quarterly», vol. 24, n. 2, pp. 240-62.
- Berkhout, S.G. (2008), *Buns in the Oven: Objectification, Surrogacy, and Women's Autonomy*, in «Social Theory & Practice», vol. 34, n. 1, pp. 95-117.
- Boling, P. (ed. by) (1995), *Expecting Trouble: Surrogacy, fetal Abuse, and new Reproductive Technologies*, Boulder, Westview Press.
- Crockin, S.L. (2010), *Legal Conceptions: the Evolving Law and Policy of assisted Reproductive Technologies*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.
- Ehrenreich, N. (ed. by) (2007), *The reproductive Rights Reader*, New York, New York University Press.
- Faraoni, A.B. (2002), *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè.
- France, Senat (2008), *La gestation pour autrui. Les documents de travail du Sénat – Série législation comparée (LC 182/2008)*.
- Garrity, A. (2000), *A Comparative Analysis of Surrogacy Law in the United States and Great Britain-A Proposed Model Statute for Louisiana*, in «Louisiana Law Review», vol. 60, pp. 809-830.
- Goslinga-Roy, G. (2000), *Body Boundaries, Fiction of the Female Self: An Ethnographic Perspective on Power, Feminism, and the Reproductive Technologies*, in «Feminist Studies», vol. 26, n.1, pp. 113-140.
- Hinson, D. S. (2013), *State-by-State Surrogacy Law Practices*, www.creativefamilyconnections.com/state-map-surrogacy-law-practices (consultato il 10 luglio 2013)
- Iacub, M. (2002), *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, EPEL.

- Keller, B.L. (1988), *Surrogate Motherhood Contracts In Louisiana: To Ban or To Regulate?*, in «Louisiana Law Review», vol. 49, pp. 143-192.
- La Torre, A. (2011), *Ego e alter nel diritto delle persone: cittadinanza, aborto, coniuge dello scomparso, matrimonio putativo, trapianto di organi, maternità surrogata*, Milano, Giuffrè.
- Lalli, C. (2008), *Buoni genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Milano, Il Saggiatore.
- London, C. (2012), *Advancing a Surrogate-Focused Model of Gestational Surrogacy Contracts*, in «Cardozo Journal of Law & Gender», vol. 18, pp. 391-422.
- Markens, S. (2007), *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction*, Berkeley, University of California Press.
- Ohs, A. (2002), *The Power of Pregnancy: Examining Constitutional Rights in a Gestational Surrogacy Contract*, in «Hastings Constitutional Law Quarterly», vol. 29, pp. 339-372.
- Overall, Ch. (1987), *Ethics and Human Reproduction: A Feminist Analysis*, Crows Nest (Australia), Allen & Unwin.
- Parker, P.J. (1983), *Motivation of Surrogate Mothers: Initial Findings*, in «The American Journal of Psychiatry», vol. 140, n. 1, 117-118.
- Place, J.M. (1994), *Gestational Surrogacy and the Meaning of 'Mother': Johnson v. Calvert, 8511 P.2d 776 (Cal. 1993)*, in «Harvard Journal of Law & Public Policy», vol. 17, n. 3, pp. 907-918.
- Ragoné, H. (1996), *Chasing the Blood Tie: Surrogate Mothers, Adoptive Mothers and Fathers*, in «American Ethnologist», vol. 23, n. 2, pp. 352-365.
- Spar, D.L. (2006), *The Baby Business: How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Boston, Harvard Business School Press.
- State of California: California Assembly Bill 1217 *Surrogacy agreements. An act to amend Section 7960 of, to amend the heading of Part 7 (commencing with Section 7960) of Division 12 of, and to add Section 7962 to, the Family Code, relating to surrogacy agreements* [Approved by Governor September 23, 2012. Filed Secretary of State September 23, 2012].
- State of Illinois: *Gestational Surrogacy Act (750 ILCS 47/25)*.

Steinbock, B. (ed. by) (2002), *Legal and ethical Issues in human Reproduction*, Burlington, Ashgate.

Supreme Court of New Jersey (1987): In re Baby M, No. FM-25314-86E.

Supreme Court of California (1993): Anna Johnson v. Mark Calvert et al., No. S023721.
May 20, 1993, in
<http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Johnsonv.Calvert.pdf> (consultato il 15 luglio 2013).

Wald, D.H. (2013), California Surrogacy Law FAQ, in www.waldlaw.net/surrogacy.html (consultato il 14.7.2013).

Yamamoto, K. e Moore, S.A.D. (2001), *A Trust Analysis Of a Gestational Carrier's Right To Abortion*, in «Fordham Law Review», vol. 70, pp. 94-186.