

# GPA: contratto, mercato e autodeterminazione. Una conversazione con Maria Rosaria Marella

Xenia Chiaramonte, Maria Rosaria Marella

*Xenia Chiaramonte:* La questione della GPA è solitamente inquadrata come questione penalistica. Dal momento però che, nella presente collezione di testi, non mancano i riferimenti a ciò che di recente è stato definito come reato universale, ecco, proverei piuttosto a svolgere la questione nel senso che più ti compete, tra l'altro, e che è meno ovvio, ossia in quanto questione civilistica. In seconda battuta, proverei a capire come la gestazione per altri si possa vedere con le lenti del lavoro, e quindi come problema giuslavoristico.

*Maria Rosaria Marella:* A me sembra evidente che i profili penalistici vengano in realtà dopo, mentre i principi civilistici tengono banco sin dall'inizio, e cioè sin da *Baby M*, il primo caso che arriva davanti ad una corte negli Stati Uniti. Anche attualmente – e ciò è vero anche in Italia – il profilo penalistico è successivo a problemi di carattere contrattuale e a problemi di diritto di famiglia, in particolare relativi alla disciplina della filiazione. Inoltre, un altro profilo che oggi tiene banco nella discussione è quello del rispetto della dignità umana, e dei diritti fondamentali della persona.

Il profilo civilistico che è emerso per primo in tema di GPA è stato quello relativo alla validità del contratto. Questione molto controversa e al centro del dibattito nelle fasi iniziali. In particolare, le corti negli Stati Uniti (ma anche da noi il Tribunale di Monza che aveva deciso un caso di *maternità surrogata* nel 1989) tendevano a convenire sul fatto che si trattasse di contratti invalidi perché contrari alla *public policy*, essen-

zialmente per un problema di *commodification*, cioè perché c'erano dei danari di mezzo. Quindi un problema di illiceità della causa – diremmo, traducendo in termini continentali – sia perché c'è uno scambio fra prestazioni che non dovrebbero essere oggetto di transazioni commerciali, sia perché sono in gioco status familiari indisponibili, cioè sottratti all'autonomia delle parti (proprio in tema di *surrogacy*: non si può rinunciare allo status di madre!). E poi un'altra questione, che si era posta negli Stati Uniti, era se si potesse dar luogo a una *specific performance*, ossia una esecuzione in forma specifica del contratto in caso di inadempimento della madre gestante; cioè se, una volta che la Corte avesse riconosciuto la validità del contratto, fosse possibile ordinare la consegna del nato o se invece l'inadempimento della madre surrogata potesse essere sanzionato solo con un risarcimento del danno. Un altro tema, che sempre riguarda l'illiceità del contratto, è la questione della frode alla legge, ossia la violazione (l'aggiramento) attraverso i contratti di *surrogacy* della legge sull'adozione, interpretandosi tutta la procedura di *surrogacy* come una sorta di adozione antecedente al concepimento.

Questa serie di questioni di carattere civilistico è stata via via superata perché mentre all'inizio la *surrogacy* era un po' fai-da-te, già con *Baby M* le cose cambiano: il film che faccio spesso vedere agli studenti per introdurre il tema racconta la vicenda di una coppia committente che va in un'agenzia – stiamo parlando di metà anni '80 – che già si avvale di contratti standard. Il che dimostra che molto presto si è creato un mercato organizzato intorno al tema della sterilità/infecondità delle donne, pur se non ancora regolamentato dal diritto dello stato. Come dicevo, si è iniziato a ragionare sul tema a partire dalla validità dei contratti, ma poi le questioni giuridiche riguardanti la vincolatività degli accordi genitori d'intenzione/madre portante/intermediario sono state superate dal fatto che la pratica della GPA è diventata legale in vari Paesi, e anche il contratto di *surrogacy* è stato riconosciuto dalle giurisdizioni come valido e vincolante, ivi compresa tutta una serie di cautele a tutela degli interessi delle parti che hanno trovato una loro standardizzazione. Uno dei problemi cruciali che veniva in gioco, e che si lega al problema del consenso della madre surrogata, è la possibilità di recedere dal contratto, cioè la possibilità di ripensamento. In alcune

giurisdizioni, la possibilità di ripensamento è contemplata ed è parte della disciplina del contratto.

Nel complesso, dunque, il problema della validità del contratto, nei suoi molteplici aspetti, è stato superato; si veda l'esempio dell'Ucraina, dove c'è un mercato solidissimo, che non si è fermato neanche con la guerra, e rispetto al quale, essendo stata legalizzata e regolamentata la pratica, le corti non si pongono più il problema della validità del contratto. Invece ciò che rimane problematico, soprattutto rispetto al turismo procreativo – per quei genitori che vogliono intraprendere la gestazione per altri all'estero – è la questione degli status genitoriali. Rimane sempre problematico il riconoscimento della madre d'intenzione come genitore: nelle giurisdizioni dove la *surrogacy* è disciplinata, l'effetto di acquisto dello status di madre da parte della donna committente è anch'esso regolato dalla legge, quindi il problema non si pone a monte. Si pone però a valle, per quelle coppie che si recano all'estero per realizzare il loro progetto procreativo e poi, quando tornano, chiedono ovviamente che sia trascritto l'atto di nascita con il relativo riconoscimento della genitorialità. Nei paesi proibizionisti come l'Italia o come la Francia, che non riconoscono o addirittura vietano la *surrogacy*, la via più certa per la madre d'intenzione è avanzare una richiesta di adozione. Ma si tratta di un percorso lungo che sacrifica nell'immediato lo stesso interesse dell'3 nat3. E questo è attualmente un coacervo di problemi di carattere prettamente civilistico che sta impegnando le corti dei Paesi proibizionisti e che in Italia l'introduzione del reato c.d. universale complica ulteriormente. Rispetto al tema giuridico della filiazione lo status di padre non è messo in discussione in nessun caso perché solitamente il padre è il donatore del seme. Contribuisce al processo procreativo col suo materiale genetico, coi suoi gameti, e quindi per lui non c'è un problema di riconoscimento della genitorialità. Il problema rimane per la maternità. Pertanto, la pratica della *surrogacy* suona come un trionfo della paternità e invece uno scadimento della maternità, con riguardo sia alla maternità della donna che promuove il progetto procreativo, la quale poi non è considerata madre, sia alla madre portante che tendenzialmente non vuole essere madre. La maternità qui è piuttosto marginalizzata nei fatti, grazie alle regole giuridiche vigenti.

Rispetto all'intervento del diritto penale, che è successivo, c'è poi tutta la diatriba concernente la tutela della dignità delle donne che si prestano a rivestire il ruolo di madri gestanti. In un'ottica moralista, che è quella ad esempio propria della Corte di cassazione italiana, la dignità di queste donne è sacrificata nella GPA, e questa è attualmente una delle ragioni principali per vietare la pratica. Questo è poi l'argomento che dà supporto all'intervento di carattere penale.

Infine, un altro principio di carattere civilistico che tiene banco e che consente di superare tutti gli ostacoli di carattere legale anzidetti è quello dell'interesse del minore, del *best interest of the child* che nelle decisioni della Corte tendenzialmente porta alla fine a salvare i progetti procreativi. Una volta, cioè, che una bambina, ad esempio, è inserita in un contesto familiare, per le Corti l'interesse superiore è realizzato consentendole di rimanere in quel contesto. Per cui nonostante tutti i divieti, è infine questa esigenza a prevalere. Tuttavia dobbiamo riconoscere che l'introduzione del reato universale scompagina questo quadro: se i genitori rei di aver realizzato il loro progetto procreativo attraverso la GPA vengono condannati alla pena della reclusione cosa ne è dell'interesse superiore del minore?

XC: Anche se il penale viene dopo, e dovrebbe sempre costituire, in quanto tale, un *last resort*, in realtà, istituire la *surrogacy* come reato universale, implica proprio il processo inverso. Da un punto di vista teorico si tratta di un uso spasmodico del simbolico, nell'ottica populista punitiva; qui si assume la prospettiva della dignità in sé, si fa riferimento a una dignità intrinseca, universale, che non si materializza mai nella singolarità delle donne. C'è *la donna*, *la maternità*, *la madre*. Bene che questa conversazione parta già da un presupposto diverso, però, con l'istituzione di un reato di *surrogacy* universale, il rischio è che il primo passaggio davanti al quale si viene posti non attenga al civile ma al penale.

Ma torniamo al punto. Nel testo che hai presentato a Firenze<sup>1</sup>, poni la questione che qui hai menzionato della relazione fra adozione e

<sup>1</sup> MARIA ROSARIA MARELLA, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in «Politica del diritto», LIV, 3, 2023, pp. 365-388.

GPA, e fai notare che con la *surrogacy* si tende a esasperare un certo biologismo, tipico per ora dell'andamento sociale, diciamo così: la preferibilità istituzionale di un rapporto dato dal biologico; contemporaneamente, l'adozione da un lato viene aggirata – frode alla legge – perché l'adozione è resa estremamente complicata e quindi praticamente, almeno fino a un po' di tempo fa, la *surrogacy* sembrava preferibile. Tra l'altro preferibile – ci dicono le statistiche – non da coppie dello stesso sesso – come solitamente si dice – ma da coppie eterosessuali.

Mi soffermerei su quest'ultimo aspetto, che, per quanto a latere rispetto alle questioni giuridiche, mi pare interessante.

MRM: Quando poco fa dicevo che il penale è secondario non intendevo in realtà mettere in dubbio la centralità del penale, ma solo dire che il penale è, diciamo, sopravvenuto. Non essendo la pratica della GPA ancora troppo diffusa, all'inizio non c'erano legislazioni che la vietassero. C'erano piuttosto dei reati “di supporto” a una corretta pratica dell'adozione ma non certamente riguardanti la *surrogacy* che non era ancora presa in considerazione come fenomeno sociale. Detto questo, un reato universale mi sembra abbia come obiettivo quello di salvaguardare l'idea di famiglia, che è considerata “naturale” – e ovviamente non lo è: è una creazione giuridica, è la famiglia nucleare favorita e consolidata dal diritto.

E infatti molto spesso il diritto crea tanto la “malattia” quanto il farmaco, come ci ricorda Eligio Resta<sup>2</sup>. In questo caso si sdoppiano le due cose: c'è tutto un simbolico che riguarda la sessualizzazione della cittadinanza, che viene poi recuperata anche attraverso dispositivi come la *surrogacy*, cioè l'idea che la cittadinanza sia legata a una sessualità buona, non disturbante, non deviante; una sessualità, dunque, che poi sfocia nella coppia e nella famiglia. Questo biologismo non è casuale, allora, perché è legato al fatto che la sessualità debba trovare la sua espressione nella famiglia, tanto per le coppie dello stesso sesso che di sesso diverso. E, quindi, in questo senso è favorito un accesso alla fa-

<sup>2</sup> ELIGIO RESTA, *Il diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

miglia e al biologismo. Secondo me tale dinamica va di pari passo con quello che dice Duncan Kennedy sulla globalizzazione<sup>3</sup>.

L'adozione, tutto sommato, è un modello che riguarda la seconda globalizzazione, il sociale, la solidarietà. Qui il desiderio "egoistico" di avere un figlio si incontra e si contempera con lo spirito di solidarietà, che è quello grazie al quale togli un bambino dall'orfanotrofio, dalla condizione di abbandono, così come nell'adozione internazionale salvi i bambini dalla povertà, dalla marginalizzazione etc. Dunque, in un certo senso, si potrebbe dire che l'adozione non corrisponde proprio più allo spirito del tempo. Il biologismo è anche molto legato a un modello di soggettività individualista, che esprime un desiderio di affermazione del sé, dunque propende per la riproduzione biologica. Ma poi fa il suo anche un regime giuridico veramente tormentato, aspro da affrontare per i genitori aspiranti adottivi. Ecco che allora risulta più facile, oltre che più appetibile, per i motivi che abbiamo detto, la via della *surrogacy*. In sostanza abbiamo un modello di genitorialità/famiglia in declino rispetto ai valori e alle aspettative della società in cui viviamo e un regime giuridico che non lo promuove, ma anzi lo rende meno appetibile. E questo mi pare che spieghi il problema del perché l'adozione non è preferita alla *surrogacy*, nonostante il divieto penale, che d'altronde c'era anche prima che la GPA divenisse reato universale.

In definitiva questa tendenza si sposa con la tendenza del sistema giuridico a salvaguardare il modello della famiglia nucleare.

XC: Ecco, su questo, mi chiedevo: dal momento che ci sono dei sistemi in cui anche i single possono accedere all'adozione, si pone la questione in merito alla *surrogacy*? Ci sono dei sistemi in cui, che tu sappia, un single può accedere alla *surrogacy*?

MRM: In diversi Stati degli USA (es. California, New York, Illinois, Nevada, New Jersey, etc.) – a titolo oneroso – e in alcuni Stati dell'Australia

<sup>3</sup> DUNCAN KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, a cura di David M. Trubek e Alvaro Santos, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

lia, e in Canada – a titolo gratuito – la GPA è consentita anche a single oltre che a coppie gay. Nel Regno Unito dal 2019, con la riforma della legge sui “parental orders”, anche i single possono diventare genitori legali del bambino nato da *surrogacy*. In Israele e in Grecia la GPA è accessibile anche alla donna single (ma non agli uomini) con infertilità accertata medicalmente. In Sudafrica la GPA altruistica è legale e accessibile anche a single, previa autorizzazione del tribunale. Ma tutto sommato, a me pare che la *surrogacy* sia una pratica di riproduzione della famiglia nucleare e che la coppia sia ancora al centro del sistema. Anche se la situazione è in movimento anche in Italia: in una sentenza recentissima la nostra Corte costituzionale ha riconosciuto alla persona single l'accesso all'adozione internazionale e giace davanti alla stessa Consulta la questione dell'accesso della donna single alla inseminazione eterologa.

Il principale problema giuridico che rende la *surrogacy* un tema caldo sta nella necessità di obliterare la posizione legale di alcuni dei partecipanti al progetto procreativo in nome della salvaguardia della famiglia nucleare (=naturale) e della *coppia genitoriale*. A dispetto del progresso delle biotecnologie, per il diritto non esistono né possono esistere terze o quarte figure genitoriali. I genitori sono due e devono essere solo due. Quindi direi che tendenzialmente la maternità surrogata si rivolge alle coppie perché la gestazione per altri – già la stessa definizione lo segnala – è un dispositivo per affermare il dogma della bigenitorialità. Non meno e non più di due. La disciplina dei Paesi che regolano la pratica garantisce questo esito.

È lo stesso problema che del resto sorge con l'inseminazione eterologa: il donatore deve essere anonimo perché non ci deve essere una terza figura genitoriale. Il diritto fa i pasticci e poi li sanziona. Se riconoscesse la figura genitoriale della madre surrogata anche attribuendole dei diritti di visita, se ci fosse elasticità rispetto alla attribuzione degli status familiari, tutto sommato molti problemi non sorgerebbero. Non quello della lesione della dignità della madre gestante, per cominciare. A me pare, allora, che il divieto penale sia un'ultima, strenua difesa di questo modello di famiglia. E qui la dignità è solo un paravento. In realtà l'obiettivo ultimo è la difesa della famiglia “naturale”.

XC: Riprendiamo la questione del *best interest of the child* che è stato un cavallo di Troia rispetto al modello conservatore. Come potrebbe agire questo principio sulla GPA?

MRM: Il principio resta ovviamente un antidoto fortissimo contro quella mentalità giuridica conservatrice che con riguardo alla GPA è ancora dominante. Il reato universale certamente non cancella questo principio, che è anche principio di ordine pubblico e tende a prevalere nelle operazioni di bilanciamento degli interessi poste in essere dalle corti. Ma a questo punto il conflitto generato dalla previsione del reato universale è patente ed è questione da sottoporre alla Consulta.

XC: Come si fa a rispettare il principio del *best interest of the child* nel contesto di un divieto universale?

MRM: Il divieto universale non può cancellare il principio del *best interest of the child*, ma evidentemente il divieto entra in collisione col principio. Vi sono impegni di carattere internazionale assunti dall'Italia con riguardo alla tutela del *best interest of the child*. Per cui è assai probabile che si giochi un eventuale caso-pilota per poi tentare una pronuncia di incostituzionalità della previsione penalistica passando proprio per il *best interest*.

È un principio che formalmente non può essere messo in discussione. È attualmente uno dei principi giuridici più solidi, una vera stella polare nella risoluzione dei conflitti familiari e non solo.

Certo va anche detto che il governo delle destre non si fa scrupolo di violarlo continuamente, senza metterlo formalmente in discussione e a dispetto della sbandierata retorica della difesa della famiglia, della celebrazione del padre e della madre, ecc. Insieme alla legge Varchi che introduce il reato universale di GPA, dobbiamo ricordare la norma del d.l. sicurezza che consente l'esecuzione della pena detentiva per donne incinte e madri di bimbi d'età inferiore a un anno; le norme del decreto Caivano che estendono misure penali e amministrative ai minori infradiciottenni; il ddl Balboni che intende riformare la disciplina dell'affido condiviso in senso "salomonico", dividendo il figlio a metà fra i genitori.

XC: per restare sulla questione del conflitto, proverei a isolare la questione implicata nella GPA di un conflitto fra donne, gestante e committente, e quella del conflitto “interno” fra gestante e sua condizione familiare, del potere che può avere in casa rispetto alla figura maschile per il tramite della GPA stessa – tema che sollevi nel tuo articolo. In questo senso, ciò che rileva è che la GPA può essere intesa, in modo certamente controintuitivo per il dibattito odierno, come un potere nelle mani della donna piuttosto che come fonte del suo stesso sfruttamento, elemento di mercificazione, disposizione del proprio corpo in linea col mercato. E questo ci consente poi di ragionare sulla questione cruciale della gratuità o meno della GPA.

MRM: Francamente il primo ordine di conflitti non lo vedo. Sicuramente è stato possibile in passato. Basta vedere – lo ripeto – il film *Baby M* in cui la donna gestante ha un ripensamento, vuole trattenere la bambina e non lasciarla più alla coppia, perché legata emotivamente alla neonata. In quel caso era peraltro documentata anche una sua forma di nevrosi; comunque, a quel punto esplode il conflitto. Però è un conflitto che coinvolge la coppia, non propriamente un conflitto fra donne. Tanto più che l’eventuale ripensamento della madre portante investe direttamente i diritti del maschio della coppia, in quanto padre sia in senso biologico che giuridico. Attualmente la *surrogacy* è totalmente professionalizzata, e, direi, tanto più lo è in quanto a titolo oneroso. Quindi, nei Paesi in cui è regolamentata, è organizzata su base professionalizzante e le madri surrogate tendenzialmente non hanno nessun interesse a tenere il bambino o la bambina presso di sé; la *surrogacy* per loro rappresenta *obiettivamente* un’opportunità di carattere economico, a prescindere da tutte le valutazioni d’ordine morale (o giuridico) che si possano fare. E pertanto non direi che c’è un conflitto fra donne, anzi direi, irenicamente, che sullo sfondo si dà una sorta di alleanza fra loro. Si può anche essere felici di realizzare il progetto procreativo altrui, non mi sembra una cosa totalmente irrealistica. C’è un’idea che dovrebbe essere superata, quella dell’assenza di un coinvolgimento emotivo nei lavori che si fanno. In alcuni lavori il coinvolgimento emotivo è presente.

Ci può dunque anche essere una forma di alleanza, il che comunque non mi pare in sé troppo rilevante: chi presta biolavoro, lo fa perché trova nella GPA un'opportunità di carattere economico. E questo può essere in sé *empowering* perché offre una chance di miglioramento della propria condizione economica e sociale garantendo alle donne che svolgono professionalmente biolavoro un ritorno di carattere economico come nessun altro lavoro cui possano accedere. L'opzione GPA può dunque essere giocata anche in termini di scelta emancipatoria rispetto al contesto familiare e al contesto sociale in cui si vive. Un aspetto, questo, che non metterei in discussione. Poi certo si può sempre obiettare che magari queste donne sono soggette ai loro mariti e il compenso ricevuto devono condividerlo con la famiglia, per cui la GPA non si risolve in un'arma contro il patriarcato, limitatamente alla singola donna che lo fa.

Questo è anche possibile però non possiamo saperlo, e comunque non è che diversamente, cioè non facendo biolavoro, queste stesse donne siano meno soggette a dinamiche di carattere patriarcale. In conclusione, a me pare che la GPA possa rappresentare per loro una chance in più. Sicuramente escluderei che sia invece veicolo di ulteriore subordinazione.

XC: da questo punto di vista ovviamente emerge il fatto che questo servizio, questo lavoro, coinvolge gli aspetti della salute. Mi chiedo in che modo questo servizio professionale coi suoi contratti standardizzati si occupi della salute della donna, in precedenza e successivamente alla gestazione e al parto. Fino a che punto è contrattualizzato questo rapporto? Come si procede quando la donna, se la donna, dovesse avere dei danni derivanti dal parto?

MRM: Penso che i parti oggi in linea di tendenza non siano pericolosi. Molto dipende dalle condizioni in cui vengono affrontati e nei mercati della GPA regolamentata chi vi si presta è sottoposta a scrupolosi e continui controlli medici – non fosse altro per una questione di “regolare” funzionamento del mercato e di buona riuscita della transazione. Le donne che svolgono professionalmente biolavoro non devono ave-

re patologie, particolarmente di carattere ginecologico e devono aver avuto altri parto, perché questo, anche dal punto di vista psicologico, è molto rilevante. Anzi, è indispensabile che si tratti di donne che hanno già partorito e già hanno dei figli, per ridurre i problemi di coinvolgimento emotivo. In linea generale sono contrattualizzate tutta una serie di misure finalizzate al buon andamento della gravidanza e al benessere della donna gestante, quindi controlli medici periodici e protocolli da eseguire scrupolosamente. E questo, ripeto, non tanto per una considerazione di carattere altruistico ma proprio per la riuscita dell'operazione economica sottostante.

Semmai può sorgere il problema opposto, quello di una sorveglianza eccessiva dell'andamento della gravidanza: quali limiti alla libertà personale possono essere richiesti in un contesto in cui la gravidanza deve essere portata avanti "a regola d'arte"? I divieti possono essere di vario genere e interferire con lo stile di vita della gestante: non bere, non fare sesso, non fare sport, ecc.

XC: Analizzando il caso che tu prospettavi – cioè una donna sufficientemente giovane, suppongo, che abbia avuto già dei parto, che sia madre, che non si attacchi di conseguenza troppo psicologicamente, emotivamente, al neonato – mi domando cosa succede quando incorrono altre questioni, questioni di salute, proprio perché si è al terzo, al quarto parto. Professionalizzando la cosa, può succedere che la stessa persona abbia diversi parto, per sé e per altri, e allora mi chiedo questo cosa significa dal punto di vista della disposizione del proprio corpo. Un terzo, un quarto parto possono creare dei danni anche permanenti al corpo della donna, su vari fronti. Mi chiedo questi danni come possono essere previsti, come si possano contrattualizzare? Per quanto tempo il committente può essere chiamato a risarcirli?

MRM: Questo è un problema che non mi sono mai posta; tendenzialmente i parto non è che facciano male alla salute. Scusami l'esempio sempliciotto: io ho avuto una nonna che ha avuto nove parto e non so quanti aborti spontanei ed è a morta a 101 anni.

XC: Anche mia nonna ha avuto otto parti e diversi aborti spontanei ma non stava bene fisicamente, si è portata dietro pesanti strascichi in termini di salute.

MRM: Non ho approfondito questo profilo ma immagino che nei mercati regolamentati sia prevista una copertura assicurativa, non diversamente da altri contesti lavorativi. Penserei che una parte di questa copertura sia a carico dalla coppia committente e una parte concerne i rapporti fra l'agenzia di intermediazione e la singola "operatrice".

Inoltre, essendo la retribuzione per i servizi riproduttivi alquanto ingente, soprattutto rispetto alle condizioni di partenza delle donne che li svolgono, non penserei che una stessa persona affronti una serie numerosa di gestazioni per altre.

XC: Vengono in mente dei modelli che provengono da contesti come quello sportivo. Le questioni potrebbero essere simili. Il corpo è necessariamente messo a rischio ed è produttivo, adatto, solo fino a una certa soglia di età.

MRM: Il parto io però non lo considererei un'attività a rischio. Sì, certamente, un'alea c'è come in tante altre attività ma assai minore che in attività sportive estreme. E del resto in riferimento alle attività sportive non si dubita che l'atleta possa disporre del proprio corpo e metterne eventualmente a rischio l'integrità. Tutto questo non solleva – e non per caso – i problemi d'ordine bioetico che invece vengono sollevati nel nostro caso come per il sesso estremo o il *sex work*. Va detto peraltro che sono estremamente rischiosi anche alcuni lavori giudicati "normali". Il numero abnorme di morti sul lavoro nel nostro Paese è lì a testimoniarlo.

XC: Ti porrei un'ultima questione, quella redistributiva.

MRM: Su questo premetto che, essendo noi tutti3 immersi in un'economia di mercato, vale a poco demonizzare il mercato. Pretendere di rimanerne fuori, incorrott3 dalle sue logiche, è pura ideologia e può essere pericoloso... La stessa idea di creare un'area di non mercato, è

secondo me una mossa che rafforza la dicotomia produzione/riproduzione e la divisione sessuale del lavoro. Non è che stare fuori dal mercato sia in sé vantaggioso. Per molte donne vuol dire rimanere relegate nella sfera del domestico. La GPA al contrario può essere un'opportunità di *empowerment* proprio perché introduce nel sistema di mercato la riproduzione riconoscendole valore economico. Qui si ripropone la questione dello sfruttamento, che personalmente trovo ridicola. Il lavoro è sfruttamento; lo è sempre, e allora perché ci si preoccupa solo della *surrogacy*? Tutti i lavori producono sfruttamento, e allora perché dobbiamo venire in soccorso soltanto delle madri gestanti, e con misure come il reato universale? Perché è evidente che c'è in ballo la questione della difesa della famiglia nucleare, di cui abbiamo detto. E perché rompere la separazione produzione/riproduzione può giocarsi in senso antagonista agli equilibri patriarcali.

Infine, il ricorso al diritto non è mai neutro: ogni volta che si opta per una regola piuttosto che per il suo opposto si fa un'operazione per cui si decide chi vince e chi perde. Quindi io direi soprattutto questo, piuttosto che farne una questione di principio. Quando si parla di questi temi – e vale anche per il caso del *sex work* – bisogna vedere qual è l'impatto delle possibili regole giuridiche sulle persone che ne sono destinatarie. Si può dire che questi mercati sono terribili perché sfruttano le donne. E se le donne sfruttate in questo modo cercassero altre opzioni quali alternative troverebbero? Consideriamo il nesso tra ruolo sociale delle donne e lavoro riproduttivo, che è ancora e sempre marginalizzato, sfruttato e non riconosciuto. Da questo punto di vista, non mi interessa formulare un giudizio di valore sulla gestazione per altri né in un senso né in un altro, ma sono convinta che non sia corretto affrontare la questione in modo astratto e moralistico, facendone una questione di principio senza rendersi conto che comunque le alternative di vita delle madri gestanti possono essere, e di norma sono, ben peggiori, a loro volta comunque fondate su subalternità e sfruttamento.

XC: Stabilire un legame tra *sex worker* e colei che gesta per altri è un classico di certo femminismo. Eppure, la GPA implica la scelta della donna, e una scelta che si svolge nel libero mercato, e non nel mercato

nero. Qui il consenso della donna è necessario ed è diverso dai possibili casi di prostituzione imposta.

MRM: Come sai, certo femminismo, e non solo, è pronto a giurare che non c'è mai un vero consenso perché non ci sono delle vere alternative e la GPA sarebbe l'ultima spiaggia. A sua volta il *sex work* – mettiamo di adottare la visione di MacKinnon – non è mai frutto del consenso libero. Si tratta allora di aderire a un'opinione in base alla quale le donne non si possono autodeterminare nel sistema dato, perché patriarcale. È una posizione che io rifiuto. Il tema *sex work* viene proposto da certo femminismo in questi termini anche dove si escludano i casi di *human trafficking* e anche rispetto ai mercati del sesso regolamentati.

XC: Diciamo che laddove queste riflessioni non ammettano mai l'autodeterminazione perché questa sarebbe comunque falsa, questo dovrebbe sempre fare i conti con una condizione ipotetica, di fatto materialmente inesistente, di una assenza di sfruttamento, di mercato; questi tipi di riflessione non fanno mai i conti con l'esistente ma lo fanno con l'ideale.

MRM: In un dibattito cui ho partecipato un paio di anni fa, una notissima intellettuale che è contro la *surrogacy* mi ha chiesto: tu che "tollerri" la GPA come la metti con il problema dello sfruttamento? Ho risposto: sarò a favore del divieto di *surrogacy* solo una volta che tutte le altre forme di sfruttamento saranno eliminate. Io non sono *pro*, che è una cosa che in sé non ha senso. Al posto di questo genere di questioni, avrebbe più senso domandarsi per quali motivi questa pratica è avversata e anche per quali motivi sia così diffusa.

**Riassunto** La GPA è solitamente esplorata come questione penalistica. In questa conversazione fra Xenia Chiaramonte e Maria Rosaria Marella invece della gestazione per altre persone si vuole vedere l'intreccio di questioni civilistiche e di diritto del lavoro, e in particolare tre nodi, contratto, mercato e autodeterminazione. Il profilo civilistico che è emerso per primo in tema di GPA è stato quello relativo alla validità del contratto;

## **GPA: contratto, mercato e autodeterminazione**

questione oggi largamente superata dalla standardizzazione contrattuale della odierna surrogacy. Questo però non vale nei paesi proibizionisti dove la surrogacy non è ammessa, come nel caso italiano. Entrano in gioco qui oltre alla questione del reato universale, il best interest of the child che dovrebbe costituire un principio superiore, non cancellabile neanche da un divieto universale. Inoltre, qui ci si domanda se la GPA non possa costituire un'opportunità di empowerment e autodeterminazione perché introduce nel sistema di mercato la riproduzione riconoscendole valore economico, al posto che escludere dal mercato il lavoro riproduttivo per limitarlo a lavoro domestico non retribuito.

**Abstract** Surrogacy is usually examined as a matter of criminal law. In this conversation between Xenia Chiaramonte and Maria Rosaria Marella, however, the aim is to explore gestation for others through the lens of civil and labor law, focusing in particular on three key issues: contract, market, and self-determination. The first civil law aspect to emerge in the debate on surrogacy concerned the validity of the contract—an issue that today appears largely outdated, given the contractual standardization that now characterizes contemporary surrogacy arrangements. This, however, does not apply in prohibitionist countries where surrogacy is not permitted, as in the Italian case. Here, beyond the question of universal criminalization, the best interest of the child comes into play—a principle that should prevail even over a universal ban. Furthermore, the discussion raises the question of whether surrogacy might represent an opportunity for empowerment and self-determination, insofar as it introduces reproductive labor into the market and recognizes its economic value, rather than excluding reproductive work from the market and relegating it to the sphere of unpaid domestic labor.