



Enrica Martinelli

(ricercatore di Diritto canonico ed ecclesiastico nell'Università degli Studi di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza)

Alcuni spunti di comparazione tra diritto italiano e diritto ebraico in tema di maternità surrogata *

Sommario 1. Il divieto di maternità surrogata nell'ordinamento italiano - 2. Diritto ebraico e bioetica - 3. "Crescete e moltiplicatevi". Il precetto divino di procreare e la maternità surrogata nel diritto ebraico - 4. Conclusioni.

1 - Il divieto di maternità surrogata nell'ordinamento italiano

I recenti progressi scientifici in materia di biotecnologie riproduttive e di *enhancement* genetico implicano rilevanti trasformazioni valoriali e culturali del concetto di maternità, non più riducibile alla definizione giuridica di "madre" offerta dalla nostra disciplina civilistica¹, ossia di colei che partorisce il bambino. Le tecnologie della procreazione assistita separano ontogeneticamente vicenda procreativa e unione sessuale della coppia² producendo infine la metamorfosi delle dinamiche relazionali sottese all'"identità familiare" e la nascita di nuove tipologie contrattuali biogiuridiche³. Ora che i giudici di palazzo della Consulta, con la dichiarazione di incostituzionalità del divieto stabilito dell'art. 4, terzo

*Il contributo, sottoposto a valutazione, è destinato alla pubblicazione negli *Studi in onore del Prof. Mario Tedeschi*.

¹ Dall'art. 269, terzo comma, del codice civile. Definizione ripresa, peraltro di recente, dalla suprema Corte di Cassazione nella pronuncia in cui ha statuito la non trascrivibilità nei registri dello stato civile, per contrasto con l'ordine pubblico internazionale, dell'atto di nascita redatto all'estero che riporti come genitori i "committenti" del nato da surrogazione. Cfr. Cass. I sez. civ. sent. n. 24001 del 2014, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3414, con commento di **G. CASABURI**, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata* e in *Corr. giur.*, 2015, p. 471, con commento di **A. RENDA**, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*.

² Appropriatamente discorre di "conclamato divorzio del fine procreativo dall'esercizio della sessualità umana" **A. ZANOTTI**, *Introduzione*, in **AA. VV.**, *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 2.

³ **E. MAESTRI**, *Riproduzione artificiale e nuove famiglie: genitorialità o serialità riproduttiva?*, in *Arch. giur.*, vol. CCXXXII, 2012, p. 105.



comma, legge n. 40 del 2004, hanno legittimato la fecondazione eterologa⁴, il fenomeno della gestazione per altri è rimasta la figura giuridica di genitorialità estrema e controversa, espressione di un desiderio appagato dall'incontro fruttuoso di volontà che si articolano tra domanda e offerta⁵, nel compiersi di un'autodeterminazione ri-produttiva⁶.

⁴ Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 162 del 2014, in *Europa e Diritto Privato*, 2014, p. 1105, con nota di **C. CASTRONOVO**, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1068, con nota di **G. FERRANDO**, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»*; in *Fam. dir.*, 2014, p. 753, con nota di **V. CARBONE**, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Diritto persone famiglia*, 2014, p. 1005, con commento di **L. D'AVACK**, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 2324, con nota di **G. CASABURI**, «Requiem» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04. Cfr. inoltre **C. DALLA VILLA**, *Brevi riflessioni in tema di procreazione medicalmente assistita a partire dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 39 del 2014.

⁵ L'accordo di maternità surrogata consiste nell'intesa fra soggetti privati in forza della quale la madre surrogata si impegna, nei confronti dei genitori committenti, a sottoporsi a fecondazione artificiale, a portare a compimento la gestazione e a partorire un bambino riguardo al quale si obbliga a non vantare alcun diritto né esercitare alcun ruolo genitoriale, poiché il neonato è destinato ai genitori sociali. Questi ultimi, dal canto loro, si impegnano a fornire il danaro necessario per affrontare le spese relative alla gravidanza, alle eventuali cure necessarie, al parto e a corrispondere un compenso alla madre gestazionale per la sua prestazione. I committenti, in virtù dell'accordo siglato, acquisiscono i diritti e i doveri derivanti dalla qualità di genitori. Cfr. **D. DANNA**, *Contract children. Questioning Surrogacy*, ibidem-Verlag, Stuttgart, 2015, p. 19. Un'ultima precisazione: l'accordo di surrogazione di maternità può anche prevedere che il bambino venga concepito non con la pratica della fecondazione *in vitro*, bensì a seguito di un rapporto sessuale consumato tra l'uomo della coppia e la madre gestazionale. Per quest'ultimo aspetto si veda **NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION**, *Artificial Conception. Discussion Paper 3. Surrogate Motherhood*, agosto 1988 (2.3), (consultabile online sul sito www.lawreform.justice.nsw.gov.au/Documents/report_49.pdf).

⁶ L'espressione è usata dal giudice delle leggi allorché afferma, basandosi sugli artt. 2, 3 e 31 della Carta fondamentale, che "la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi". Cfr. sent. n. 162 del 2014 cit., § 6 della motivazione. È stato, tuttavia, opportunamente osservato come, nel campo della filiazione, non sia appropriato discorrere di autodeterminazione poiché "di autodeterminazione si deve parlare quando c'è piena coincidenza tra chi si determina e colui sul quale ricadono le conseguenze di tale determinazione" e ovviamente ciò non può accadere nell'ambito del rapporto di filiazione, poiché le conseguenze della scelta procreativa "ricadono sul figlio che è parte del rapporto procreativo" ma rispetto al quale si tratta di una vera e propria "eterodeterminazione." Così **A. RENDA**, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, cit., 2015, p. 421. Si veda inoltre **L. BOZZI**, *Il consenso al trattamento di*



Com'è noto, la maternità surrogata può essere di tipo eterologo («surrogazione per concepimento e gestazione») ove la madre surrogata metta a disposizione l'utero e anche il materiale gametico; nella variante della surrogazione omologa o per sola gestazione, invece, la *birth mother* mette a disposizione unicamente l'organo riproduttivo per l'annidamento e lo sviluppo di un embrione prodotto dai gameti della coppia di genitori (c.d. "utero in affitto"). Nell'eventualità della surrogazione eterologa può pure accadere che il materiale gametico da cui deriva l'embrione impiantato nel grembo della madre sostituta sia fornito da donatori estranei tanto alla coppia committente quanto alla madre surrogata⁷.

Invero, le implicazioni etico-giuridiche della gestazione per altri appaiono di notevole momento, in specie, ove si rifletta sulla imprescindibile necessità dell'individuazione della madre legale a fronte della *split motherhood* ossia dell'accennata frammentazione degli aspetti genetici, gestazionali e sociali della maternità. Da un lato sarà considerata madre "genetica" la donna che si è resa disponibile all'*egg donation*; madre "biologica" quella che ha portato in grembo il prodotto del concepimento e lo ha dato alla luce; madre "sociale" quella che ha inteso assumere la responsabilità genitoriale del figlio nato⁸.

A prescindere, in questa sede, dalle diverse scuole di pensiero che propongono soluzioni disparate nell'intreccio tra le tre figure materne⁹,

fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale, in AA. VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2008.

⁷ A seconda delle diverse modalità di surrogazione, si può giungere a contare fino a sei genitori in "un assortimento di situazioni genitoriali prima impensabili". Così M.R. MARELLA, *Riproduzione assistita e modelli famigliari*, in AA. VV., *Scienza, etica e legislazione della procreazione assistita*, a cura di F. Di Lilla, Atti del Convegno di Perugia, 4 ottobre 2012, ESI, Napoli, 2003, p. 235. In giurisprudenza si veda il noto caso *Re Buzzanca*, Superior Court of California, Family Law Division, 27 agosto 1997, in *Fam. dir.*, 1997, p. 405, con nota di V. CARBONE, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità: il caso Baby J.*

⁸ Si tenga conto della possibile sovrapposizione delle figure della madre genetica e di quella sociale nella surrogazione omologa.

⁹ Può essere considerata madre legale la donatrice dell'ovulo, la madre gestazionale, la madre destinataria o anche una combinazione delle tre. La casistica statunitense, per questo aspetto, è particolarmente ricca e la giurisprudenza definisce la "madre" in modo assai vario, sovente ispirandosi al criterio del *best interest of the child*. In dottrina si vedano, fra i molti, M.L. SHANLEY, *Making babies, making families. What matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption, and same-sex and unwed parents*, Beacon press, Boston, 2001; G. PONZANELLI, *Il caso Baby M., la «surrogate mother» ed il diritto italiano*, in *Foro it.*, 1988, vol. IV, c. 97; G. PONZANELLI, *Ancora sul caso Baby M.: l'illegittimità dei contratti di «sostituzione di maternità»*, in *Foro it.*, 1989, vol. IV, c. 293; L. ANDREWS, *Between strangers: surrogate mothers, expectant fathers and brave new babies*, Harper & Row, New York, 1989; S. O'BRIEN, *Commercial Conceptions: A Breeding Ground for Surrogacy*, in *North*



preme sottolineare come di fronte a questa forma di genitorialità l'ordinamento giuridico si trovi nella difficile posizione di garantire protezione alla autonomia decisionale della donna¹⁰ e al contempo tutelare la dignità di colei che, incaricata della gestazione, si è obbligata a rimanere gravida senza divenire madre¹¹.

Carolina Law Review, vol. 65, 1986, p. 127 ss; **J.A. ROBERTSON**, *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth*, in *Virginia Law Review*, n. 69, 1983, p. 405 ss. Cfr. inoltre **A.L. CHERRY**, *The Rise of reproductive brothel in the global economy: some thoughts on reproductive tourism, autonomy and justice*, in *University of Pennsylvania Journal of law and social change*, n. 13, 2014, p. 17 ss. per le suggestive riflessioni circa le ricadute sull'economia globale del fenomeno della maternità surrogata anche sotto il profilo del turismo riproduttivo.

In seno alla dottrina italiana ritengono, fra gli altri, dovrebbe essere riconosciuta quale madre legale la donna che ha partorito **C.M. BIANCA**, *Diritto civile. 2. La famiglia*. Giuffrè, Milano, 2014, p. 407 ss; **L. ROSSI CARLEO**, *Maternità surrogata e 'status' del nato*, in *Famiglia*, 2002, p. 403, che sottolineano come la forzata sottrazione del minore alla madre uterina sia inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto. In sintonia con tale orientamento si veda l'ordinanza della I sezione civile del Tribunale di Roma, 8 agosto 2014 (relativa al caso dello scambio di embrioni avvenuto presso l'ospedale Pertini di Roma che suscitò grande pubblicità per la tragedia umana provocata da questa surrogazione «da errore»). Al contrario, vi è chi sostiene che la madre legale sia colei che abbia fornito l'ovulo, in virtù del rapporto di consanguineità. Cfr. **R. CLARIZIA**, *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 148 ss., **M. MORI**, *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1988; **G. BALDINI**, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici: riflessioni di diritto civile su alcune delle principali questioni poste dall'affermarsi delle metodiche artificiali di procreazione umana*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 104 ss.

¹⁰ Il tema dell'autonomia decisionale della donna è sostenuto con grande forza dalla letteratura femminista, nell'ambito della quale una delle voci di maggior rilievo è quella dell'avvocato israeliano Carmel Shalev, la quale afferma: "[...] women have a right to sell gestational services along with the sale of their ova and to receive payment for using their wombs [...] to deny women the right to do so based on concerns for their ability to consent to such a contract is patriarchal in that it questions a women's ability to make valid contracts and minimizes their full autonomy". **C. SHALEV**, *Birth Power. The Case for Surrogacy*, Yale University Press, New Haven, 1991. Si vedano anche le opere della femminista radicale, anch'essa di origine ebraica **A. DWORKIN**, in particolare *Intercourse*, Simon & Schuster, New York, 1987 e più di recente **L. PENG**, *Surrogate mothers. An exploration of the empirical and the normative*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, n. 21, 2013, p. 555 ss.

¹¹ "[...] asservendo sé stessa allo scopo procreativo altrui, rispetto al quale essa si fa mezzo, e per ben nove mesi". Così **A. RENDA**, *La surrogazione di maternità*, cit., p. 423. Di obbligazione parla il Tribunale di Monza, sent. n. 27 ottobre 1989, in *Foro it.* 1990, vol. I, c. 298, con commento, senza titolo di **G. PONZANELLI**. In questa prima pronuncia italiana in tema di maternità surrogata, il giudice rileva come il contratto di disposizione del proprio corpo non possa mai essere oggetto di "una preventiva obbligazione dell'avente



L'„autoasservimento“ del corpo ai fini procreativi altrui e l'obbligo di cedere il neonato a terzi alla sua nascita caricano di problematicità la surrogazione: in specie la coercibilità di siffatto impegno ripugna al sistema di valori condivisi che gravitano attorno alla tutela della dignità della persona. La drammaticità del tema non può sfuggire sol che si pensi alla possibilità che la madre gestazionale si ricreda e desideri tenere con sé il bambino recuperando la pienezza del ruolo materno che inizialmente si era impegnata a non esercitare. A tal punto, se di obbligo giuridico si tratta, l'ordinamento deve intervenire con il proprio apparato giudiziario per rendere coercibile l'accordo di surrogazione, riconoscendo le ragioni della madre sociale a scapito di quelle della madre gestazionale¹².

Peraltro, anche l'individuazione della figura paterna non è scevra di difficoltà poiché accanto ai diritti del padre „genetico“ che ha donato il seme per la fecondazione dell'ovulo *in vitro*, vi saranno le prerogative del padre „committente“ alla cui responsabilità genitoriale il nato da surrogazione è destinato.

Di conseguenza l'attribuzione legale della genitorialità nella maternità surrogata risente molto più intensamente che nella fecondazione eterologa della realtà di una filiazione ridotta a frutto disincarnato di una scelta generativa priva di rapporto procreativo; tale realtà stride con i capisaldi del sistema giuridico italiano nel quale lo *status filiationis*, nonostante i temperamenti apportati dalla recente riforma della filiazione¹³,

diritto a compierlo o a permettere che altri lo compia su di lei ed è comunque contrario alla legge, all'ordine pubblico e, almeno nel caso di onerosità, anche al buon costume“. Cfr. inoltre **A. NICOLUSSI**, *La filiazione e le sue forme*, cit., p. 15 ss. Per contro, non mancano in dottrina coloro che si dimostrano più aperti nei confronti di questa forma di genitorialità. Cfr. **S. RODOTÀ**, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014; **P. ZATTI**, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, 2ª ed., vol. I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 69 ss. In giurisprudenza si veda Tribunale di Roma, ord. n. 17 febbraio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, p. 483 con commento di **M. SESTA**, *La maternità surrogata tra deontologia, regole etiche e diritto giurisprudenziale*. Cfr. anche **A. THIENE**, *Ordinanza*, Tribunale di Roma, 17 febbraio 2000, in *Studium Iuris*, 2000, p. 729.

¹² Ciò è precisamente quanto accaduto nel caso Baby M. citato *supra* nota. 8 e di cui si sono occupati anche i quotidiani italiani. Cfr. fra gli altri, *La madre di Baby M.: „Lotterò in ogni modo per riavere mia figlia“*, in *La Repubblica*, 3 aprile 1987, (consultabile online sul sito www.ricerca.repubblica.it).

¹³ Legge n. 219 del 2012. Alla luce della norma riformata la verità biologica non ha un valore assoluto, ma deve essere temperata „con l'interesse del minore allo svolgimento e alla stabilità della relazione familiare“. Così **A. THIENE**, *Figli, finzione e responsabilità civile*, in *Fam dir.*, 2016, p. 243. In senso conforme la recentissima Corte di Cassazione sent. n. 19599 del 2016 (consultabile online sul sito <http://www.eius.it/giurisprudenza/2016/382.asp>) che ha stabilito che il riconoscimento e la trascrizione nei registro dello stato civile in Italia



è ancora fondato sul principio secondo cui la qualità di genitore si acquista in virtù del legame biologico¹⁴.

Al contrario, la prerogativa di divenire genitori senza poterlo essere, riconduce un fatto a misura del diritto ed è "l'esatto opposto del principio di responsabilità per la procreazione sancito dall'art. 30 Cost."¹⁵, ove si consideri come la tutela richiesta da siffatta vicenda procreativa si sposti dal bambino, *right of a child*, alla coppia il cui progetto di genitorialità prescinde dalle condizioni naturalistiche di realizzabilità della medesima. Il diritto è quindi chiamato a riconoscere un *right to a child*, e, in un percorso siffatto, la generazione di un figlio affidata alle biotecnologie riproduttive, appare strumentale alla realizzazione di una sorta di diritto della personalità dell'adulto¹⁶ che, qualora acclarato, porterebbe con sé un importante mutamento antropologico consistente nel rovesciamento del secolare rapporto tra filiazione e genitorialità¹⁷.

Di più, la committenza della filiazione a terzi, con o senza materiale genetico dei committenti medesimi, si pone in contrasto con il diritto di famiglia nazionale che, con una rigorosa lettura costituzionale¹⁸, ha fino a ora limitato l'aspirazione alla genitorialità non biologica al soccorso solidale verso un minore già nato, nel suo esclusivo interesse, nelle diverse ipotesi

di un atto straniero, validamente formato, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne a seguito di procedura assimilabile alla fecondazione eterologa (per avere la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un donatore ignoto), non contrasti con l'ordine pubblico internazionale dovendosi avere riguardo al principio, di prioritaria rilevanza costituzionale, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel diritto alla conservazione del suo *status filiationis*, validamente acquisito all'estero e nella stabilità della relazione familiare instauratasi.

¹⁴ **A. IANNELLI**, *Il diritto all'identità personale e l'attribuzione del cognome al figlio nato fuori dal matrimonio*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. Perlingieri, ESI, Napoli, 1982, p. 135; **G. TAMBURRINO**, *La filiazione*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* (fondato da W. Bigiavi), Utet, Torino, 1984, p. 95 ss.; **M. SESTA**, *Le azioni di disconoscimento, di contestazione e di reclamo di legittimità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Bessone, *Il diritto di famiglia*, vol. III, Giappichelli, Torino, 1999; **G. FERRANDO**, voce *Filiazione legittima e naturale*, in *Digesto discipline civilistiche*, vol. VIII, Utet, Torino, 1992, p. 295 ss.; **G. FERRANDO**, voce *Filiazione: I) Rapporto di filiazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.

¹⁵ **A. RENDA**, *La surrogazione di maternità*, cit., p. 420.

¹⁶ **A. RENDA**, *La surrogazione di maternità*, cit., p. 420. Allo stesso modo si esprime **A. NICOLUSSI**, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido*, a cura di E. Scabini e G. Rossi, Vita e Pensiero, Milano, 2014, p. 6; **C. VARANO**, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in *Fam. dir.*, nn. 8-9/2017, p. 825 ss.

¹⁷ In altri termini non si diventerà genitori perché si è generato un figlio, quanto piuttosto si diverrà figlio per attribuire agli adulti l'ambito ruolo di genitori.

¹⁸ Dell'art. 30, secondo comma.



di incapacità dei genitori naturali¹⁹.

La sanzione penale del divieto di surrogazione di maternità²⁰ dimostra il forte disvalore sociale da cui la pratica della negoziazione privata a fini procreativi è connotata nell'ordinamento domestico, a fronte della robusta tutela garantita ai minori in stato di abbandono, privi di assistenza morale e materiale. Dunque la legge italiana rivela di non voler scindere l'aspettativa degli aspiranti genitori non biologici dal diritto del minore ad avere una famiglia sostitutiva affettivamente idonea a crescerlo ed educarlo²¹.

Quelle accennate sono le principali ragioni etico-giuridiche che inducono il sistema normativo italiano a vietare la surrogazione di

¹⁹ Proprio il riferimento all'istituto dell'adozione ha guidato le argomentazioni della suprema Corte nel pronunciare il divieto della surrogazione di maternità nella decisione n. 24001 del 2014, cit. L'opinione del giudice di legittimità è che l'interesse del minore si debba realizzare o affidando il nato a chi l'ha partorito oppure ricorrendo all'adozione con la quale "la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, poiché soltanto a tale istituto governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori e non al mero accordo tra le parti l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato".

²⁰ Art. 12, sesto comma, L. 19 febbraio 2004, n. 40.

²¹ Si vedano al riguardo le interessanti osservazioni di **A. RENDA** (*La surrogazione di maternità*, cit., p. 419), il quale rileva che qualora la surrogazione fosse realizzata all'estero, a essere elusa sarebbe anche la disciplina dell'adozione internazionale. Nello stesso senso **B. BAREL**, *La filiazione nel diritto internazionale privato dopo la riforma del 2012-2013*, in **AA. VV.** *La nuova disciplina della filiazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 285 ss. Su questo tema di recente la Corte Europea dei diritti umani ha rilevato la violazione dell'art. 8 CEDU da parte dell'Italia nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, concernente un minore nato da una madre surrogata in Russia e sottratto ai genitori committenti a causa dell'inesistenza di un legame biologico con i coniugi. Il caso ora è stato deciso dalla *Grande Chambre* a seguito della richiesta di riesame *ex art. 43 CEDU* della sentenza del 27 gennaio 2015, presentata dal Governo italiano. Il 24 gennaio 2017 i giudici della Grande Camera della Corte di Strasburgo, hanno giudicato in senso opposto, argomentando che, sebbene il perseguimento del progetto di genitorialità ricada nell'ambito della protezione della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione EDU, tuttavia rientri nel margine di apprezzamento dello Stato aderente alla Convenzione medesima l'adozione di misure inerenti l'allontanamento definitivo del minore dalla coppia di genitori committenti che si erano avvalsi di una madre surrogata all'estero, poiché i medesimi non avevano rispettato le procedure previste dalla legislazione nazionale sulle adozioni internazionali. La versione integrale della sentenza in oggetto in lingua italiana è consultabile *online* (sul sito web <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172348>). Al riguardo cfr. **E. FALLETTI**, *Vita familiare e vita privata nel caso Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera della Corte di Strasburgo*, in *Fam e dir*, nn. 8-9/2017, p. 729 ss.

Sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia si veda inoltre **L. LENTI**, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 251.



maternità e a corredare il divieto con una sanzione penale²², nonostante l'inevitabile apertura nei confronti della c.d. *reproductive revolution*²³ rappresentata dalla recente pronuncia del Giudice delle leggi che ha ritenuto che la decisione di una coppia sterile di avere un figlio

“concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, qualora non vulneri altri valori costituzionali, non può che essere incoercibile, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera”²⁴.

2 - Diritto ebraico e bioetica

La legge ebraica è legge scritta, la *Torah*²⁵ che secondo la tradizione è stata rivelata direttamente da D-o²⁶ a Mosè, il principe dei Profeti. La *Torah* ha un carattere unitario e obbligatorio ed è basata sul principio dell'assoluta unità divina: “ascolta, Israele, il Signore è il nostro D-o, il Signore è uno”²⁷. In particolare, nel diritto ebraico non si afferma (almeno fino alla Diaspora), una distinzione tra legge divina e norma umana (la Legge è data da D-o, non esiste Legge se non da D-o, non c'è precetto oltre le *mitzvòt*) ed elemento

²² Nel contesto europeo l'Italia è tutt'altro che un caso isolato poiché la maternità surrogata è permessa solo da Albania, Georgia, Grecia, Paesi Bassi, Regno Unito, Russia, Ucraina. Il Parlamento europeo, nella *Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia*, approvata con la Risoluzione del 17 dicembre 2015 a Strasburgo, ha assunto una posizione assai critica nei confronti della pratica della gestazione per altri. Si veda il par. 115 del capitolo relativo ai *Diritti delle donne e delle ragazze*.

²³ Il concetto non è nuovo. Cfr. **P. WELLS, D. WELLS**, *The Reproduction Revolution: New Ways of Making Babies*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

²⁴ Corte costituzionale n. 162 del 2014 cit.

²⁵ La *Torah* comprende in senso stretto i cinque libri del *Chumash* (Pentateuco); *Bereshit* (Genesi); *Shemot* (Esodo); *Vaikra* (Levitico); *Bamidbar* (Numeri); *Devarim* (Deuteronomio). Accanto ai libri del Pentateuco vi sono i Libri dei Profeti e degli Agiografi, che non aggiungono nuovi precetti ma ribadiscono insegnamenti e principi già contenuti nel Pentateuco; tutti insieme questi Libri formano il *Tanach*, la Bibbia. I Maestri della Tradizione fanno sempre riferimento al Testo biblico, per evidenziare come rappresenti il fondamento della norma come è stata stabilita. Cfr. **A.M. RABELLO**, voce *Israele*, in *Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione civile, 6° Aggiornamento, (diretto da R. Sacco), Utet Giuridica, Torino, 2011, p. 531. Si veda inoltre, **P. STEFANI**, *Il grande racconto della Bibbia*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 21 ss.

²⁶ Il nome divino viene trascritto in questo modo così da sottolinearne al lettore l'impronunciabilità.

²⁷ (Deut. 6:4)



centrale di tutta la tradizione ebraica è il carattere trascendente del rapporto tra D-o e Israele²⁸.

Accanto alla legge scritta vi è la legge orale composta da interpretazioni e tradizioni tramandate e ripetute oralmente. Le autorità rabbiniche fondano la necessità della legge orale nell'impossibilità della *Torah* di prevedere ogni singola fattispecie che avrebbe potuto presentarsi nel costante divenire dell'umana esperienza. Per tale motivo, si ritiene che i principi generali che sono espressi nella *Torah*, fossero già stati rivelati sul Monte Sinai, in modo tale che le autorità halachiche di tutte le generazioni a venire avrebbero potuto farvi ricorso per dettare le nuove regole giuridiche²⁹.

Naturalmente può accadere che l'interpretazione evolutiva delle fonti conduca a risultati confliggenti con talune disposizioni bibliche; questo, tuttavia, non è che un paradosso apparente che viene risolto attribuendo all'interpretazione la capacità di disvelare verità ancora sconosciute della *Torah*.

La pietra miliare della legge orale è il *Talmud*³⁰, che incide in maniera significativa sulla comprensione del senso della *Torah* e i cui precetti sono considerati vincolanti per tutti gli ebrei. Il diritto ebraico, dunque, non può scindersi dall'osservanza religiosa, anzi in maniera appropriata potrebbe essere definito come l'aspetto precettivo della religione ebraica, che si identifica nella *halakhah*, ovvero nell'insieme di regole coattive di comportamento contenute nei cinque libri della *Torah*³¹.

²⁸ L'Alleanza tra D-o e il popolo ebraico si fonda sul dovere di adeguamento di quest'ultimo al precetto divino: tale rapporto è la struttura portante di tutto il diritto ebraico, ovvero la sacralità della legislazione.

"Voi osserverete i principi del Signore vostro D-o, le sue ammonizioni e i suoi statuti che ti ha comandato; farai quello che è retto e buono agli occhi del Signore affinché tu abbia bene [...]" (Deut. 6:17-18). Cfr. **M. GRAZIADEI**, *La giustizia nei monoteismi. Convergenze e divergenze*, in *Daimon*, n. 4, 2004, p. 190.

²⁹ Da queste brevi premesse risulta evidente il ruolo fondamentale assunto dall'interpretazione poiché è proprio l'opera interpretativa dei Saggi di ogni generazione, nella incessante ricerca di soluzioni da offrire alle nuove problematiche, a rendere eterna la *Torah*. Nel panorama giuridico ebraico nulla è considerato fuori discussione, tutto è sottoposto al vaglio di una critica serrata fino a giungere alla decisione halachica. Cfr. **E. MENACHEM**, *Jewish Law (Mishpat Ivri): Cases and Materials*, M. Bender, New York, 1999.

³⁰ **A. COHEN**, *Il Talmud*, traduz. di A. Toaff, Bari, 1935; cfr. anche **M. BEILINSON E D. LATTES**, *Il Talmud, scelta di massime, parabole, leggende*, Torino, 1924.

³¹ Per questo aspetto si rinvia, fra gli altri, a **A.M. RABELLO**, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 5 ss.; **A. LICHTENSTEIN**, *Does Jewish Tradition recognize an ethic independent of Halakhah?*, in **AA. VV.**, *Contemporary Jewish Ethics*, a cura di M. Kellner, Hebrew Publishing Co, New York,



Può accadere, tuttavia, che un tema non sia direttamente trattato dalla legge scritta né dal *Talmud*, poiché, come nel caso delle questioni bioetiche, venuto all'attenzione della speculazione giuridica ebraica solo in conseguenza delle moderne biotecnologie; in casi siffatti le autorità religiose (*poskim*) forniscono risposte a istanze individuali³² e gli interpreti della legge traggono opinioni sulla base delle fonti Talmudiche, ricorrendo all'analogia rispetto a ipotesi disciplinate oppure, ove ciò non sia possibile, basando la loro opinione sulla *haggadah*, ossia su quella parte non normativa della *Torah* che funge da criterio di ispirazione per un retto giudizio.

Identificare quale sia lo spazio che la bioetica occupa nella legge ebraica, scritta e orale, e dunque nella *halakhah* e nel giudaismo «come "sistema" di idee e di prassi codificate in una tradizione che deve proteggere e perpetuare se stessa»³³ è tutt'altro che agevole. Non è dubbio che la speculazione ebraica sui temi di bioetica, già a partire dall'inizio dello scorso secolo, ma in misura crescente negli ultimi anni, stia conoscendo un importante sviluppo. Un sempre più consistente movimento etico tende a estendere i valori della *Torah* al di fuori della tradizionale prospettiva antropocentrica e a porre una maggiore attenzione e tutela nei confronti del creato³⁴ dedicandosi a un lavoro di reinterpretazione creativa delle

1978, p. 102 ss.; **D. SINCLAIR**, *Law and Morality in Halakhic Bioethics*, in *Jewish Law Association Studies*, a cura di B. Jackson, 2, Atlanta, 1986, p. 143 ss; **G. DI SEGNI**, *Ebraismo e bioetica*, in *Nuovo dizionario di bioetica*, a cura di S. Leone, S. Privitera, Ed. ISB dell'Istituto Siciliano di Bioetica, Acireale, 2004, p. 378.

³² I *Responsa* o *case law*, consistono in decisioni scritte da autorità rabbiniche, nel periodo post-Talmudico, che propongono soluzioni a quesiti individuali. I *Responsa* rabbinici risultano vincolanti solo per coloro che hanno posto il quesito direttamente o per coloro che, all'interno della comunità, hanno spontaneamente scelto di accettare, per la soluzione di casi analoghi, la decisione delle autorità religiose. La letteratura dei *Responsa* riguarda tutte le materie dove una normativa risulta necessaria per attenersi alle *mitzvot* di condotta ebraica. Cfr. **E. MENACHEM**, *Jewish Law*, JPS, Philadelphia, 1994, p. 1454.

³³ **M. GIULIANI**, *La giustizia seguirai. Etica e halakhà nel pensiero rabbinico*, Giuntina, Firenze, 2016, p. 131.

³⁴ Attraverso ad esempio il vegetarianesimo o l'impegno per il benessere animale. Si leggano, a questo riguardo, le interessanti riflessioni di **F. LUCREZI**, *Appunti di diritto ebraico*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 52-53. Cfr. inoltre **S. LAVI**, *Animal laws and the politic of life: slaughterhouse regulation in Germany, 1870-1917*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, 2006, pp. 229-258; **S. LAVI**, *Inequal rites: Jews, Muslim and the history of ritual slaughter in Germany*, in *Juden und Muslime in Deutschland: Recht, Religion, Identitaet*, a cura di J. Brunner, S. Lavi, Wallstein Verlag, Gottingen, 2009, pp. 164 ss.; **Y.M. BARILAN**, *The vision of vegetarianism and peace; Rabbi Kook and the ethical treatment of animals?*, in **AA. VV.**, *History of the human science*, vol. 17, 2004, p. 69 ss.



Scritture³⁵.

Le problematiche bioetiche maggiormente discusse sono quelle che attengono alla vita dell'uomo, nel momento in cui inizia e in quello in cui si spegne³⁶; tuttavia le fonti di riferimento del dibattito giuridico sulle questioni relative all'inizio della vita sono, nella tradizione ebraica, variegata e complesse e ciò contribuisce ad alimentare uno scambio di opinioni molto vivace³⁷. Infatti, accanto alle argomentazioni fondate sulla più scrupolosa osservanza della parte precettiva della *Torah*, in sintonia con la tradizione scritta e orale che a essa si riferisce "lungo una linea di continuità che conosce crescita ed evoluzione ma non cesure"³⁸, trovano luogo le riflessioni che si rifanno al pensiero etico-giuridico collegato alla radice mosaica ma a essa non vincolata sul piano normativo. Anche se, sotto un profilo teorico, la natura divina del diritto ebraico dovrebbe ripudiare le opinioni eterodosse che si discostano dalla applicazione e interpretazione della *halakhah* tramandata dalla tradizione rabbinica³⁹, non si possono trascurare importanti filoni di pensiero giuridico e scientifico, meno tradizionali, ma idonei a conferire un respiro più ampio alle problematiche etiche della vita al suo esordio⁴⁰.

Quest'ultimo Autore osserva come un risveglio dell'attenzione verso i temi della bioetica fosse già stato inaugurato da Spinoza e, in seguito, nei primi anni del XX secolo, da Rav Cook, il primo grande rabbino sionista.

³⁵ **AA. VV.** *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica*, a cura di F. Lucrezi, F. Mancuso, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 517 ss.; **A. STEINBERG**, *Le regole della moderna etica ebraica*, in *Shalom*, 22 settembre 2006.

³⁶ Come si può dedurre anche dall'approccio dottrinale in materia. Cfr. fra i molti, **S. LAVI**, *The modern art of dying. A history of euthanasia in the United States*, Princenton University Press, Princenton, 2005; **S. LAVI**, *How dying became a 'Life Crisis'*, in *Daedalus*, vol. 137, n.1 (Winter 2008), pp. 57-65; **S. LAVI**, *From Bioethics to Bio-optics: The Case of the Embryonic Stem Cell*, in *Law, Culture and Humanities*, vol. 4, n. 3, 2008, pp. 339 ss.; **Y.M. BARILAN**, *Revisiting the Problem of Jewish Bioethics: The Case of Terminal Care*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 13 febbraio 2003, p. 141 ss.; **Y.M. BARILAN**, *Jewish bioethics: Rabbinic Law and Theology in their historical contexts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; **I. JAKOBOVITS**, *Jewish Medical Ethics*, Bloch Publishing Company, New York, 1959; **J.D. BLEICH**, *Ethico-Halachic Considerations in the Practice of Medicine*, in *Diné Israel*, n. 7, 1976, p. 87 ss.

³⁷ Fra gli altri, si vedano **T. DAGI**, *L'inizio della vita: osservazioni basate su fonti Talmudiche e halachiche*, in *Segulat Israel*, vol. 1, 1993; **D. J. LASKER**, *Kabbalah, Halakhah and Modern Medicine*, in *Modern Judaism*, vol. 8, 1988; **J. D. BLEICH**, *Bioethical Dilemmas*, Ktav Pub. House, Hoboken, 1998.

³⁸ Si veda **F. LUCREZI**, *Appunti di diritto ebraico*, cit., p. 71.

³⁹ **A. LICHTENSTEIN**, *Does Jewish Tradition recognize an ethic independent of Halakhah?*, cit., p. 110 ss.

⁴⁰ Sotto questo profilo, offre una nuova e suggestiva prospettiva **S. LAVI** *From Bioethics*



Il fondamentale principio bioetico del diritto ebraico è quello della sacralità della vita umana, che appartiene solamente a D-o⁴¹. Il richiamo del Creatore alla vita è perentorio e vibrante “scegli la vita, affinché viviate tu e la tua discendenza”⁴²; tale indefettibile principio rappresenta il fuoco attraverso il quale gli interpreti debbono conciliare le istanze poste dal progresso tecnico scientifico con la tutela dei principi su cui si fonda la vocazione eterna della *halakhah*.

3 - “Crescete e moltiplicatevi”. Il precetto divino di procreare e la maternità surrogata nel diritto ebraico

Ogni uomo e ogni donna sono da D-o stati creati a Sua immagine e somiglianza, sono stati benedetti e hanno ricevuto da D-o il primo precetto: “Prolificate, moltiplicatevi, empite la terra e rendetevela soggetta”⁴³. Si tratta dell’invito alla creazione di nuova vita e la *Mishnà*⁴⁴ stabilisce che, per adempiere al precetto biblico, l’uomo debba essere sposato e avere generato

to *Bio-optics: The Case of the Embryonic Stem Cell*, cit., p. 343) che - a proposito della delicata problematica bioetica relativa alla ricerca sulle cellule staminali embrionali ed in specie del valore da attribuire alla vita embrionale - afferma: «Whereas on the battlefield of bioethics there is clearly a clash between conservative religious groups and liberal scientist, from the viewpoint of bio-optics there is actually a surprising affinity between science and the most extreme religious groups. It is not science and religion that the clash of bio-optics divides, but rather the out-looks of different religious groups. In this clash one may find a closer affinity between science and so-called “conservative” groups who object to embryonic stem cell research, than between science and those religions such as Judaism (or certain dominant positions within *Halacha*) that are considered “liberal” because they express moral indifference to the life of the embryo». L’Autore, sulla base di una “historical observation” rileva che “the ethical divide does not cross religions, but rather divides religions within themselves by contrasting traditional visions with more modern approaches” (p. 435).

⁴¹ Come dimostra il precetto biblico “non uccidere” (Es. 20:13). Cfr. **M. TENDLER, F. ROSNER**, *Quality and sanctity of life in the Talmud and in the Midrash*, in *Tradition*, n. 28, 1, 1993, p. 18 ss.; **O. NAVOT**, *The concept of Sanctity of Human Life as a fundament of modern medicine in Eretz Israel*, in *Assia*, 2003, p. 40 ss.

⁴² (Deut. 30:19).

⁴³ (Gen. 1:28). Cfr. **N. RAKOVER**, *Man as Synthesis of Body and Spirit: a Jewish perspective*, in *The Jewish Law Annual*, n. 19, 2011, p. 83 ss.; **D.S. SHAPIRO**, *Be Fruitful and Multiply*, in **AA. VV.**, *Jewish Bioethics*, a cura di F. Rosner e D. Bleich, Hebrew Pub. Co, New York, 1985, p. 59 ss.

⁴⁴ La codificazione della legge orale.



almeno un figlio e una figlia⁴⁵. Il comandamento è rivolto direttamente all'uomo, su cui grava l'obbligo della procreazione e non alla donna⁴⁶, ma certamente, nell'ottica ebraica rappresenta la violazione di un precetto positivo il non contrarre matrimonio, non avere rapporti sessuali con il coniuge così come interrompere la gravidanza⁴⁷.

Il forte senso di conservazione della propria identità culturale fa sì che la tradizione ebraica individui nella famiglia il soggetto privilegiato per dare alla luce un nuovo individuo che facendo parte del popolo di D-o riceverà e, a sua volta, trasmetterà, la tradizione e i valori ebraici; è precisamente nel contesto del valore intrinseco assunto dalla prole che garantisce la sopravvivenza e il rinnovamento della comunità ebraica che va valutato il problema dell'infertilità della coppia e la possibilità che quest'ultima ha di ricorrere ai mezzi forniti dalle moderne biotecnologie riproduttive, compresa la maternità surrogata⁴⁸. Occorre peraltro tener presente che l'*halakhah* attribuisce un inestimabile valore alla prole e al benessere del rapporto coniugale (*shelom bait*); ciò ha orientato le autorità rabbiniche verso il possibile accoglimento di questa forma di genitorialità, a fronte dell'incapacità procreativa della coppia. D'altro canto ciò non si pone in conflitto con i principi fondamentali dell'ebraismo poiché la Bibbia riporta alcuni casi eclatanti di gestazione per altri⁴⁹.

⁴⁵ Seguendo l'esempio del Creatore: "D-o creò l'uomo a sua immagine; a immagine di D-o lo creò; maschio e femmina li creò" (Gen. 1:27).

⁴⁶ La ragione risiederebbe nell'impossibilità di vincolare la donna a una obbligazione potenzialmente rischiosa per la propria vita e salute. Non mancano tuttavia interpreti che ritengono che entrambi, uomo e donna, siano i destinatari del comandamento divino. Per questi aspetti si vedano **A.M. RABELLO**, *L'inizio della vita nel diritto ebraico*, in *Intorno alla vita che nasce*, cit., p. 27 in particolare nota 70; **R. DI SEGNI**, *Fecondazione artificiale e bioetica ebraica*, in *La Rassegna Mensile di Israel*, n. 60, 1993, p. 187 ss.

⁴⁷ **I. JAKOBOVITS**, *Ebraism*, in *Bioetica e grandi religioni*, a cura di S. Spinsanti, Ed. Paoline, Milano, 1987, p. 35.

⁴⁸ "Marriage and children are the epitome of blessing in the Jewish view. Our Rabbis taught: A man without a wife lives without blessing, without life, without joy, without health, and without peace". Così **E.N. DORFF**, *The Jewish Tradition. Religious beliefs and healthcare decisions*, Park Ridge Center for the study of Health, Faith and Ethics, (consultabile online sul sito <http://www.parkridgecenter.org/>). Si vedano inoltre le riflessioni di **R. DI SEGNI**, *Fecondazione artificiale e bioetica ebraica*, cit., p. 187 ss.

⁴⁹ Il primo è il caso di Abramo, la cui moglie Sarai gli offre la sua schiava Agar perché si unisca a lui e generi un figlio che ella considererà proprio: "Ecco, il Signore mi ha impedito di aver prole; unisciti alla mia schiava: forse da lei potrò avere figli" (Gen. 16). Un caso analogo è quello di Giacobbe, sposato con le due sorelle Rachele e Lia, ciascuna delle quali pone rimedio alle proprie difficoltà nel concepimento offrendo al marito le proprie schiave Zilpa e Bila. "Ecco la mia serva Bila" dice Rachele a Giacobbe "unisciti a lei, così che partorisca sulle mie ginocchia e abbia anch'io una mia prole per mezzo di lei"



In linea generale, anche gli interpreti più rigorosi non si dimostrano ostili al ricorso alle biotecnologie riproduttive, nelle loro varie declinazioni, per la fondamentale ragione che in nessuna di esse si opera una “creazione dal nulla”, cosa di cui solo D-o è capace, ma solo “creazione da qualcosa”. Nessuna delle moderne biotecnologie è in grado di rivelare ciò che non può essere svelato: il mistero della creazione della vita⁵⁰.

Al contrario, l'uomo è chiamato a cooperare con D-o nel donare e preservare la vita, tanto che la maggioranza dei *poskim* ritiene che vi sia adempimento del precetto biblico “crescite e moltiplicatevi” anche nel caso dell'utilizzo, da parte della coppia infertile, delle tecniche di procreazione assistita⁵¹.

Sotto tale profilo, si nota una particolare attenzione da parte dei decisori affinché non venga violato il divieto, contenuto nelle fonti, di disperdere lo sperma⁵², intendendosi per dispersione qualsiasi emissione di liquido seminale che non avvenga nell'ambito del rapporto coniugale, all'interno dell'organo sessuale femminile⁵³. Tuttavia, i decisori generalmente ritengono che la durezza del divieto sia riservata alla pratica

(Gen. 30). La giustificazione di queste maternità surrogate risiede nel fatto che Sarai, Rachele e Lia sono le padrone delle schiave Agar, Bila e Zilpa: è solo in forza di ciò che la gravidanza per procura è resa possibile.

⁵⁰ Si veda, per questo aspetto, la fondamentale opera di **A. STEINBERG**, *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics. A compilation of Jewish medical law on all topics of medical interest from the most ancient sources to the most current deliberations and decisions, with a concise medical and historical background, and a comprehensive comparative analysis of relevant general ethical approaches*, Feldheim Publisher, Jerusalem - New York, 2007, vol. II, p. 575 ss.

⁵¹ Al riguardo cfr. **S. LAVI**, *The paradox of Jewish bioethics in Israel: the case of reproductive technologies*, in *Religion in bioethischen diskursen. Interdisziplinäre, internationale und interreligiöse perspektiven*, a cura di F. Voigt, De Gruyter Verlag, Berlin, 2010, p. 81 ss. L'Autore rileva come il ricorso alle biotecnologie riproduttive incontri il favore dei decisori più conservatori, in ragione delle finalità che, per loro tramite, vengono perseguite: “The most modern techniques are used to preserve the integrity of the traditional family structure, at least to outer appearance”. Nella sua analisi, Shai Lavi sostiene con ricchezza di argomentazioni, come l'approccio “progressista” che nel complesso il diritto ebraico riserva alle biotecnologie dipenda soprattutto dalla sua natura di diritto religioso “tradizionalista” (pp. 94-96).

⁵² T.B., Jevamot 34b; T.B. Niddà 13a; Shulchan Aruch, Even Haezher 23. 2. La letteratura rabbinica si rifà a queste fonti. Fra gli altri si vedano **A. STEINBERG**, *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, p. 583; **E. N. DORFF**, *The Jewish Tradition. Religious beliefs and healthcare decisions*, cit., pp. 8-9.

⁵³ Ora è evidente che le tecniche di PMA utilizzano i gameti maschili estraendoli dall'eiaculato raccolto allo scopo in appositi contenitori e in ambiente medico: ciò che secondo una rigorosa interpretazione della legge integrerebbe la condotta proibita. Cfr. **A. STEINBERG**, *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, cit., p. 581.



impeditiva del concepimento mentre venga temperata dal desiderio meritorio dell'uomo di adempiere al precetto di donare la vita, rendendo lecita, seppure a determinate condizioni, la pratica della raccolta del seme maschile per la fecondazione dell'ovulo⁵⁴.

Le maggiori difficoltà di ordine etico-giuridico correlate alla gravidanza per altri discendono dalla plurisoggettività del rapporto procreativo poiché il *Talmud* sottolinea, nella vicenda generativa, la compartecipazione fra D-o e i genitori⁵⁵. Ora, se il seme maschile utilizzato per la fecondazione è quello del padre committente, egli sarà senza dubbio considerato padre del nato da surrogazione⁵⁶, mentre i problemi halachici si fanno di più difficile soluzione allorché il materiale gametico provenga da soggetti estranei alla coppia⁵⁷.

Difatti, ove la donazione degli spermatozoi sia eterologa, per alcuni decisori ortodossi si configurerebbe l'ipotesi dell'adulterio⁵⁸ così che il figlio nato da tale fecondazione sarebbe da considerare *mamzher*⁵⁹. Per la

⁵⁴ Le condizioni che possono venir richieste sono dettagliatamente descritte da **A. M. RABELLO**, *L'inizio della vita nel diritto ebraico*, cit., p. 40, nota 13. Cfr. inoltre **A. STEINBERG**, *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, cit., p. 581. Alcune autorità rabbiniche, per ammettere la fecondazione assistita, fanno leva sull'importanza dei figli per l'armonia familiare che va preservata anche come bene sociale. Cfr. **I. JAKOBOVITS**, *The loving for children in a traditional Jewish family*, in *Be fruitful and multiply: Fertility therapy and the Jewish tradition*, Grazi ed., Gerusalemme, 1994.

⁵⁵ "Tre sono coloro che partecipano alla creazione di un uomo: il Santo e Benedetto, il padre e la madre. Il padre mette la sostanza bianca di cui saranno fatti il cervello, i nervi, le unghie, le ossa e il bianco degli occhi; la madre mette la sostanza rossa che formerà la pelle, la carne e i capelli, e il nero degli occhi; il Santo e Benedetto conferisce il respiro l'anima, la bellezza dei tratti, la vista, l'udito, la parola, la facoltà di deambulazione, di comprendere, di discernere e di pensare. Quando giunge il momento di lasciare questo mondo, il Santo e Benedetto riprende la sua parte, abbandonando la parte del padre e della madre". T.B., Niddà 31°, in *I Racconti del Talmud*, a cura di G. Laras, Red Edizioni, Como, 1998, p. 32.

⁵⁶ La paternità, per la maggioranza dei decisori va attribuita al donatore del seme. Non manca però chi ritiene che il nato da seme donato sia *shtuki*, ovvero senza padre dal punto di vista giuridico. **E.N. DORFF**, *The Jewish Tradition*, cit., p. 11.

⁵⁷ In tal caso emergono le difficoltà della identificazione della paternità e maternità giuridica che si riflettono su uno dei temi più importanti per il diritto ebraico: la definizione dello *jochas* ossia dello stato giuridico della persona in rapporto ai genitori. Cfr. **R. DI SEGNI**, *Fecondazione artificiale e bioetica ebraica*, cit., p. 190.

⁵⁸ Al riguardo si veda la ricca bibliografia citata da **E.N. DORFF**, *The Jewish Tradition*, cit., p. 11, nota 53.

⁵⁹ Essere *mamzher* (spurio) è una condizione che segna in modo negativo l'intera esistenza perché riconducibile alla violazione di un precetto Noachide e precisamente il divieto di incesto e di adulterio. Sotto il profilo della capacità matrimoniale un *mamzher* può unirsi in matrimonio solo con una donna nella medesima condizione e tale limitazione



maggioranza dei *poskim*, al contrario, ci si troverebbe di fronte alla violazione del precetto biblico solo nel caso di un rapporto sessuale consumato⁶⁰ con la conseguenza che la fecondazione dell'ovulo col materiale gametico di un terzo donatore non sarebbe proibita⁶¹. È interessante notare come molte autorità religiose suggeriscano che la donna ebrea venga fecondata con il materiale gametico di un non-ebreo; in tal modo, infatti, non sussisterebbe il pericolo della relazione incestuosa (per esempio nel matrimonio tra fratello e sorella, figli inconsapevoli dello stesso padre donatore), dato che dal punto di vista della *halakhah* il nato sarebbe legato unicamente alla madre⁶².

Se in relazione all'intervento del terzo donatore dei gameti maschili il timore, pur grave, dell'incesto involontario⁶³ e dell'abominio dell'adulterio non sopraffanno la vocazione dell'uomo ad adempiere al comandamento divino di generare figli, nemmeno vi è contrasto tra la fede ebraica nella creazione del mondo e dell'uomo da parte di D-o e l'intervento di (almeno) una seconda donna nella vicenda procreativa. Il diritto ebraico non mostra pregiudizio contro tale pratica ma, al pari del diritto laico, si pone, in primis, il problema dell'attribuzione legale della maternità⁶⁴.

colpisce anche le successive generazioni.

⁶⁰ A questo riguardo occorre osservare come nelle fonti classiche siano riportati casi di gravidanze avvenute in assenza di rapporto sessuale per assorbimento dello sperma da parte della donna. Di eventi siffatti narra il *Talmud Babilonese* e il *Midrash*. Secondo quest'ultima fonte Ben Sirà è nato dal profeta Geremia, che ha avuto una emissione di seme in un bagno, e dalla di lui figlia, rimasta incinta con il seme del padre, per aver fatto il bagno dopo di lui: Ben Sirà viene ciononostante, considerato un figlio *casher*, cioè non incestuoso, in base alla considerazione che non vi era stato un rapporto sessuale fra padre e figlia. Cfr. **A.M. RABELLO**, *L'inizio della vita nel diritto ebraico*, cit., p. 187.

⁶¹ La *turbatio sanguinis*, pur moralmente censurabile, pare non essere una problematica halachica: "altrimenti che dire dell'unione sessuale di un estraneo con una donna sposata che non può avere figli? È chiaro che anche questa unione è adulterio, anche se non vi è alcun pericolo di *turbatio sanguinis*". Così **A.M. RABELLO**, *L'inizio della vita nel diritto ebraico*, cit., p. 45.

⁶² **M. HALPERIN**, *Ovum donation, homograft of an ovary and gestational surrogacy: Who is the legal mother in Jewish Law?*, in *Jewish Medical Ethics and Halacha*, vol. 8, 2 October 2016, p. 24; **A.M. RABELLO**, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., p. 190, nota 32.

⁶³ Per questo aspetto, ampiamente **A.M. RABELLO**, *L'inizio della vita nel diritto ebraico*, cit., p. 48-49.

⁶⁴ Le problematiche halachiche variano di intensità a seconda che la surroga di maternità si traduca nella cd. *gestational surrogacy* ovvero nella cd. *ovum surrogacy*. Per i diversi aspetti si vedano **J.D. BLEICH**, *In vitro fertilization: Questions of Maternal Identity and Conversion*, in *Jewish Law and the new reproductive technologies*, a cura di E. Feldman, J.B. Wolowelesky, Ktav Publishing House, Hoboken, 1997, p. 83 ss.; **M. DRORI**, *Genetic Engineering: Preliminary discussion of its legal and Halachic Aspects*, in *Techumin*, 1, 1980, p.



Sul punto non vi sono fonti halachiche che affrontino direttamente il problema; le opinioni dei decisori sono discordanti e si assiste a una rilevante disomogeneità delle soluzioni offerte⁶⁵: accanto a chi considera madre legale quella gestazionale⁶⁶, v'è chi identifica nel ruolo materno la donna donatrice dell'ovulo, chi le considera ambedue madri, in ossequio tanto al principio genetico quanto a quello gestazionale - entrambi giuridicamente rilevanti nella tradizione ebraica⁶⁷ - e, infine, chi ritiene che nessuna delle due sia la madre legale del bambino⁶⁸.

L'individuazione della madre legale del nato da surrogazione è un tema di grande rilievo ove si tenga conto del fatto che l'identità ebraica viene trasmessa per via matrilineare; se dunque si sostiene la conformità tra genetica e *halakhah*, ne deriva che unicamente se la madre genetica è ebrea il bambino sarà considerato ebreo, mentre risulta irrilevante che sia ebrea la madre surrogata⁶⁹.

4. Conclusioni

L'interessante varietà di opinioni delle autorità rabbiniche, espressione ora delle posizioni ortodosse ora di quelle più progressiste, dimostra come la speculazione ebraica intorno alle tematiche bioetiche riproduttive dia origine a un confronto di conoscenze e di giudizi molto vario ma rispettoso delle opinioni di minoranza che entrano, con pari dignità, nel dibattito giuridico e vengono valorizzate dall'assenza di un'interpretazione superiore. Pur essendo quello ebraico un diritto rivelato, la Rivelazione non

280 ss; **M. HALPERIN**, *Ovum donation, homograft of an ovary and gestational surrogacy: Who is the legal mother in Jewish Law?*, cit., p. 23 ss.

⁶⁵ Dà conto dell'ampiezza del dibattito rabbinico **A. STEINBERG**, *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, cit., p. 578 ss.

⁶⁶ La quale, preferibilmente dovrebbe essere nubile o divorziata per evitare, come si è visto, il dubbio che si possa trattare di un figlio adulterino (*mamzher*), esposto, da adulto, al pericolo dell'incesto involontario. Cfr. **Z.N. GOLDBERG**, *Sulla donazione dell'ovulo e la madre surrogata*, in *Assia*, 1999, pp. 65-66 (in ebraico) come citato da **A.M. RABELLO**, *L'inizio della vita nel diritto ebraico*, cit., p. 54, nota 4.

⁶⁷ Al contrario di quanto disposto dall'art. 8 della L. n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, che attribuisce "lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime".

⁶⁸ Cfr. **A. STEINBERG**, *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, cit., p. 578 ss.

⁶⁹ Di contrario avviso i *poskim* che ritengono che la madre legale sia quella gestazionale: nel caso in cui questa non sia ebrea, neppure il figlio sarà considerato ebreo e si renderà indispensabile la sua conversione e l'immersione rituale.



si è cristallizzata, né esiste nell'ebraismo una gerarchia di Rivelazioni⁷⁰. Il dibattito rabbinico ha di fatto operato un cambiamento radicale nell'impostazione giuridica del diritto ebraico, trasferendo la centralità della Rivelazione nella centralità dell'interpretazione.

Anche un tema - per molti diritti secolari e liberali - controverso quale quello della maternità surrogata, diviene uno spazio ideale per l'esplicazione delle potenzialità del diritto ebraico che "erede di un'antica tradizione di libero confronto dialettico"⁷¹ supera naturalmente gli schemi della tradizionale contrapposizione tra posizioni confessionali e posizioni "laiche"⁷² e prende vita nell'incessante successione e intreccio tra insegnamenti biblici e *Responsa* rabbinici⁷³.

Ciò rappresenta una straordinaria ricchezza e rende ragione di come il genuino senso del diritto ebraico non si esaurisca nel rispetto letterale della Legge quanto piuttosto, a motivo della partecipazione che la creatura ha nell'opera divina della creazione contribuisca in maniera determinante al disvelamento dell'ampio orizzonte dei mondi del possibile per l'uomo.

«Poi il Signore D-o disse: "Ecco l'uomo è diventato come uno di noi in quanto conosce il bene e il male"»⁷⁴. "Guarda, Io ho posto davanti a te oggi la vita e il bene, la morte e il male [...] scegli la vita [...]"⁷⁵.

Some starting points for comparison between Italian law and Jewish law on surrogate motherhood

ABSTRACT: Recent scientific progress in reproductive biotechnologies implies significant transformations in terms of the value and culture of the concept of maternity, which is no longer attributable to the legal definition of "mother" offered by Italian civil legislation. Assisted reproductive

⁷⁰ Importante evidenziare come, nel mondo della *halakhah*, il Legislatore divino non abbia diritto di intervenire sull'interpretazione della Legge data al popolo di Israele dopo che Lui stesso ha fissato le regole per interpretarla. "La Torah non è [più] in cielo" (Deut. 30:12); da questo versetto si ricava il fondamentale insegnamento secondo cui "molte volte non riusciamo a vedere quale nesso ci sia fra il testo e la sua interpretazione, fra il seme e la pianta, eppure il nesso esiste ed è proprio l'interpretazione che permette al testo di essere sempre fresco e adatto alle nuove circostanze della vita". Così **A.M. RABELLO**, *Introduzione al diritto ebraico*, cit., p. 51.

⁷¹ **F. LUCREZI**, *Appunti di diritto ebraico*, cit., p. 74.

⁷² Lemma polisemantico, ma soprattutto "vietato ed ormai frusto" a giudizio di **A. ZANOTTI**, *Introduzione*, cit., p. 1.

⁷³ Come insegna **Y.M. BARILAN**, *Jewish bioethics: Rabbinic Law and Theology*, cit., p. 22-40.

⁷⁴ (Gen. 3: 22).

⁷⁵ (Deut. 30: 15 e 19).



technologies separate the reproductive aspect and sexual union of the couple, finally leading to the metamorphosis of the relational dynamics underlying the “family identity” and the birth of new types of biolegal contracts. The study sets out to compare the approach that the Italian legal system reserves for the phenomenon of surrogacy with that which has developed at the heart of Jewish law. The interesting variety of opinions of the rabbinical authorities, which express both the Orthodox positions and the more progressive ones, show how Jewish speculation around bioethical reproductive issues has led to a respectful comparison of knowledge and judgements of the minority opinions that enter, with equal dignity, into the legal debate and are enhanced by the absence of a superior interpretation.

Key words

Surrogate motherhood, bioethics, reproductive biotechnologies, Italian Law, Jewish Law.