

2025 FASCICOLO I

Giacomo Giorgini Pignatiello

**Comparare per differenza:
lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia
e negli ordinamenti di *common law***

7 febbraio 2005

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO
CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO



Giacomo Giorgini Pignatiello
Comparare per differenza:
lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia
e negli ordinamenti di *common law**

SOMMARIO: 1. La gestazione per altri: le ragioni di uno studio. – 2. L'ordinamento italiano e la gpa: dalla tolleranza ad una convinta repressione transnazionale. – 3. Un cambio radicale di prospettiva: la disciplina giuridica della gpa nel Regno Unito, Canada, Australia e Nuova Zelanda. – 3.1. La gpa nel Regno Unito tra norme positive e prassi giurisprudenziali. – 3.2. La gpa in Canada: un Paese dalle discipline variegate. – 3.3. La gpa in Australia e il ruolo proattivo delle corti. – 3.4. L'eccezionalità della normativa sulla gpa in Nuova Zelanda. – 4. Gli Stati Uniti e la gpa: dalla criminalizzazione alla liberalizzazione. – 5. Alcune considerazioni a partire da una comparazione per differenza.

Abstract: The paper aims to highlight the importance of the legal implications of using law as a tool for governing women's bodies. Since the 1960s, part of legal scholarship has sought to emphasize—particularly in connection with the civil movements that emerged in the United States—that for centuries, a deeply rooted patriarchal culture has assigned decisions related to reproduction to public authority, stripping women of their autonomy.

Although not without challenges, the legal frameworks of the analyzed constitutional democracies based on common law demonstrate that the regulation of surrogacy, including commercial surrogacy, is possible without necessarily leading to the exploitation of women in conditions of social and economic vulnerability. The role of civil courts in overseeing the emerging relationship between intended parents and the child—while also considering the surrogate mother—positions the judiciary as a key guarantor of the child's best interests. Similar to other sensitive family law matters, this approach ensures a relational perspective rather than a merely medical-therapeutic one.

1. *La gestazione per altri: le ragioni di uno studio.*

La vicinanza al Gruppo de Lecostituzionaliste in questi anni ha rappresentato per me l'occasione per approfondire con un approccio critico le tematiche afferenti al principio di eguaglianza e alla parità di genere nella prospettiva del diritto costituzionale comparato.

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

Giacomo Giorgini Pignatiello è Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato Università di Napoli "L'Orientale".



In particolare, ho trovato di grande interesse l'uso del diritto quale strumento di governo del corpo della donna. Già a partire dagli anni Sessanta del Novecento parte della dottrina ha cercato di evidenziare, in corrispondenza dei moti civili scoppiati negli Stati Uniti, che per secoli una radicata cultura patriarcale ha imputato alla decisione pubblica scelte attinenti alla procreazione, sottraendole alla potestà femminile¹. Nel Secondo Dopoguerra, l'affermazione su larga scala del costituzionalismo sociale ha visto il progressivo operare nella società del principio di eguaglianza, in senso formale e sostanziale, che ha innescato un processo di radicale emancipazione delle donne nella sfera pubblica non meno che in quella privata. I cambiamenti avvenuti nella società attraverso l'uso del diritto sono stati profondi e certamente positivi nel lungo cammino verso una parità di genere effettiva².

Agli esordi del XXI secolo, tuttavia, un'ondata di regressione democratica su scala globale³ induce a dubitare sulla stabilità dei risultati ottenuti in termini di eguaglianza sostanziale delle donne nelle democrazie costituzionali consolidate nel corso degli ultimi ottant'anni. L'autodeterminazione femminile rischia di essere travolta, dopo un periodo di espansione, da politiche conservatrici che richiamano in chiave populista presunti valori della tradizione culturale e religiosa. La fluidità e il pluralismo dei modelli familiari che sono andati emergendo negli ultimi decenni nel mondo occidentale⁴, sulla scorta di un principio di libertà e di autodeterminazione individuale, si scontrano con istanze che auspicano la restaurazione della famiglia tradizionale, quale unica istituzione su cui può reggersi la Patria⁵.

Nel contesto di montante illiberalismo, che soffia anche sulle democrazie stabilizzate dell'area euroatlantica⁶, ampiamente controversa risulta nel dibattito pubblico

¹ Nella sterminata letteratura sul tema si vedano quantomeno recentemente: M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, Raffello Cortina, Milano, 2020; F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus di genere: salute, autodeterminazione femminile, sex and gender medicine*, Ed. Scientifica, Napoli, 2022, R. RUBIO-MARÍN, *Global gender constitutionalism and women's citizenship a struggle for transformative inclusion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023.

² T. GROPPI, *Oltre le gerarchie: in difesa del costituzionalismo sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2021.

³ T. GROPPI, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in AA.VV., *Itinerari della comparazione: scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, vol. I, Egea, Milano, 2023, 411-424.

⁴ N. PALAZZO, *Legal Recognition of Non-Conjugal Families. New Frontiers in Family Law in the US, Canada and Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2022.

⁵ K. BROWN, G. NEWTH, 'Post-fascism', or how the far right talks about itself: the 2022 Italian election campaign as a case study, in [Critical Discourse Studies](#), 2024, 1–21; M.E. INDELICATO, M. MAGALHÃES LOPES, *Understanding populist far-right anti-immigration and anti-gender stances beyond the paradigm of gender as 'a symbolic glue': Giorgia Meloni's modern motherhood, neo-Catholicism, and reproductive racism*, in [European Journal of Women's Studies](#), 31(1), 2024, 6-20; A. LAVIZZARI, *The anti-gender movement and the populist radical right in Italy: a symbiotic relationship*, in [European Journal of Politics and Gender](#), 2024.

⁶ A. HUQ, T. GINSBURG, *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2020; M. BERNHARD, *Democratic Backsliding in Poland and Hungary*, in *Slavic Review*, 80(3), 2021, 585-607; G. HALMAI, *Illiberalism in East-Central Europe*, in A. Sajó, R. Uitz, S. Holmes (eds.), *Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, New York, 2021, 813-821; M. BLAUBERGER, U. SEDELMEIER, *Sanctioning democratic backsliding in the*



contemporaneo la pratica della gestazione per altri (d'ora in poi gpa⁷). Fortemente ideologizzata, la discussione non sembra trovare punti di incontro tra le diverse posizioni emerse, radicandosi queste ultime su valori e principi tra loro non facilmente conciliabili. Da una parte, la gpa è intesa quale espressione del diritto all'autodeterminazione femminile, soddisfa un legittimo desiderio di genitorialità ed è rispondente alla miglior tutela dei diritti del minore. La stessa previsione di un compenso alla madre gestante non sarebbe in alcun modo, per alcuni, espressione di una commercializzazione del processo procreativo e della vita umana, bensì la remunerazione per un'attività particolarmente onerosa in termini di sacrifici personali della donna gestante nella vita quotidiana⁸, senza che ciò corrisponda ad una automatica compromissione della sua volontà in favore dello sfruttamento di una sua eventuale posizione di subalternità economica e sociale. Dall'altra parte, invece, la gpa è concepita quale atto che mortifica la dignità umana⁹, una mercificazione della vita e del corpo

European Union: transnational salience, negative intergovernmental spillover, and policy change, in [Journal of European Public Policy](#), 32(2), 2024, 365–391.

⁷ La gestazione per altri consiste nella pratica di una donna che: “Si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio non per sé ma per un'altra donna ... La possibilità di scindere la maternità nei diversi ruoli genetici, gestazionali e sociali travolge quella certezza fondamentale per ogni essere umano che è rappresentata dalla identità della madre: essa si impone sul principio tradizionalmente riconosciuto *mater semper certa est*, conseguenza della naturale identificazione della madre in colei che partorisce. *La condivisione del progetto procreativo tra più donne pone, inevitabilmente, il dilemma di chi tra loro debba considerarsi madre*”, così: I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari et al. (a cura di), *Il governo del corpo*, vol. II, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, 1479. In particolare, si distingue tra gpa totale o genetica, che si ha quando l'ovulo appartiene alla madre d'intenzione e anche genetica, ma può anche provenire da una terza donna (terza donatrice). Pertanto, in questo caso il dato dirimente è che la donna gestante porta in grembo l'ovulo fecondato di altra donna. L'altra ipotesi è quella di gpa parziale o tradizionale, in cui la donna gestante si incarica di fornire sia l'ovulo che di portare a termine la gravidanza. Per quanto riguarda il seme maschile questo può essere fornito dal partner della madre d'intenzione, da quello della donna gestante o anche da un soggetto terzo.

Ancora la gpa può avvenire per fini patrimoniali e allora si parlerà di gpa commerciale, poiché la donna gestante trae un profitto da tale pratica, oppure può avvenire per spirito solidaristico, con al massimo un rimborso delle spese sostenute per portare avanti la gravidanza. In quest'ultimo caso si parla di gpa altruistica.

In questa sede verrà utilizzata l'espressione “gestazione per altri”, stante il carattere di neutralità che la connota. La stessa nomenclatura è tuttavia fonte di grande contrasto in dottrina essendo diverse le connotazioni che l'uso di una espressione piuttosto che un'altra conferiscono alla pratica in parola. Per una riflessione sulla terminologia afferente alla gpa in letteratura cfr. G. VIGGIANI, *Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri*, in *Ragion Pratica*, 1, 2021, 141-159.

⁸ A tal riguardo in dottrina è stato osservato che l'esistenza o meno di un corrispettivo «non escluda la libera autodeterminazione della portatrice, al pari del contratto di baliatico». Così: S. STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, vol. IV, UTET, Torino, 2018, 141.

⁹ Sulla forza retorica e dunque la malleabilità della dignità umana nel diritto comparato, preziosa e sempre attuale la ricostruzione operata da: M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2007, 67-104.



femminile, il prodotto del mero egoismo dei genitori d'intenzione, che non tengono in alcun conto il miglior interesse del nascituro.

La centralità e allo stesso tempo la difficoltà del tema nella prospettiva del diritto costituzionale è determinata dai diritti che la pratica della gpa sottende. Si pone anzitutto un problema di eguaglianza e di pari opportunità per le coppie che per ragioni biologiche o di infertilità non possono procreare e sono dunque escluse dalla genitorialità. Cruciale risulta essere ancora una volta il corpo della donna e il suo diritto alla salute psico-fisica, che, diversamente da quanto accade per la controparte maschile, risulta sottoposto alla continua tensione tra principio di autodeterminazione, da una parte, e tutela dell'ordine pubblico, dall'altra, espressione, a propria volta, del difficile temperamento tra potenzialità delle nuove tecnologie riproduttive e tutela della dignità umana in senso oggettivo. Non di secondaria importanza si profila altresì il perseguimento del migliore interesse del minore nato da gpa, che si trova al centro di molteplici relazioni, umane e biologico-genetiche.

Ad arricchire con elementi di complessità le sfide alla disciplina giuridica della gpa concorre la dimensione transfrontaliera con cui il fenomeno si realizza. La stessa nozione di ordine pubblico internazionale risulta messa in forte discussione da un coacervo di discipline che rendono difficilmente compatibili tra loro ordinamenti collocati in un contesto di forte interconnessione e interdipendenza.

Il problema è, se possibile, ancor più rilevante nella misura in cui è ragionevole credere che il ricorso a tale pratica difficilmente potrà essere fermato attraverso il divieto penale di un singolo ordinamento, quando nel mondo esistono una miriade di esperienze che consentono la gpa. Tra le ragioni di un aumento esponenziale del ricorso alla gpa la letteratura, inoltre, sottolinea i crescenti livelli di infertilità nella popolazione, l'aumento del numero di coppie dello stesso sesso che cercano di avere figli, una maggiore accettazione sociale delle diverse forme di famiglia, i progressi della tecnologia medica, nonché un aumento del numero di cliniche della fertilità in tutto il mondo¹⁰.

Nella prospettiva del diritto costituzionale, le tensioni che si scontrano nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale sullo statuto giuridico della gpa, alla luce dell'eterogeneità delle vedute e delle politiche adottate nel diritto comparato, evidenziano la persistente necessità di maggiore approfondimento sul tema.

In punto di diritto, è interessante notare che in maniera pressoché diametralmente opposta mentre l'approccio europeo continentale si è storicamente contraddistinto per una risposta sostanzialmente criminalizzatrice verso la gpa, al contrario, i Paesi di *common law* l'hanno invece considerata in buona parte una pratica lecita, soprattutto se altruistica, al punto che l'ordinamento si fa garante, regolando tale pratica per via normativa o giurisprudenziale, dei

¹⁰ Sul punto in particolare si veda: K. HORSEY, *The future of surrogacy: a review of current global trends and national landscapes* *The future of surrogacy: a review of current global trends and national landscapes*, in [Reproductive BioMedicine Online](#), 28(5), 2024, 6.



diritti fondamentali di tutti i soggetti coinvolti. Il Regno Unito, ad esempio, la cui disciplina ha determinato un forte condizionamento degli altri ordinamenti di *common law*, da oltre quarant'anni regola in chiave di convinta liceità la gpa, ritenendola, al pari di altre, una utile tecnica volta a sopperire ai crescenti problemi di infertilità presenti nella popolazione. Negli Stati Uniti, con ancora maggiore interesse, si è addirittura assistito ad un processo di *decriminalizzazione* della gpa, in favore di una sua ampia legittimazione che ha reso lecite anche le ipotesi più controverse, poiché realizzate per fini anche di arricchimento patrimoniale (gpa c.d. commerciale).

In prospettiva comparata, i Paesi di *common law* assumono, pertanto, una valenza *paradigmatica*¹¹ per la propria postura storicamente liberale, contraddistinguendosi *per differenza*¹² con l'esperienza italiana, e più in generale europea continentale, di caratura invece eminentemente sanzionatorio-paternalistica. La metodologia adottata in questo contributo è quella propria della macrocomparazione funzionale¹³, che si propone di esaminare un istituto giuridico nei suoi tratti essenziali, anche in contesti profondamente diversi tra di loro, al fine di poter delineare alcuni tratti di somiglianza e di differenza di massima tra le diverse esperienze giuridiche esaminate.

Il dubbio che muove la presente trattazione è che la risposta iper-repressiva intrapresa dal legislatore italiano non solo trascurerebbe, come pure è stato condivisibilmente notato¹⁴, la natura proteiforme e variegata di una moltitudine di relazioni ricondotte artificialmente ad unità sotto la semplicistica categoria di "gpa", ma più in profondità dimostrerebbe l'incapacità dell'ordinamento domestico di attuare i principi fondamentali del costituzionalismo democratico in una società che inevitabilmente muta nel tempo ed è percorsa da rilevanti innovazioni tecnologiche.

In particolare, preme sottolineare sin da subito che la dottrina giuridica, concentrata in un dibattito sovente ideologizzato, trascura gli apporti delle altre scienze sul tema. Oramai, infatti, esistono importanti studi empirici¹⁵ sulla gpa, che, sebbene spesso non univoci, sicuramente

¹¹ Nel senso indicato da G. MORBIDELLI, M. VOLPI, G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2024, 8, secondo cui il paradigma: "Consente di selezionare una esperienza considerata esemplare e in grado di 'illuminare' un panorama di esperienze molto più vasto, senza tuttavia la pretesa di incasellare tutte le possibili esperienze entro rigide griglie tassonomiche".

¹² L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, 2a ed., Giappichelli, Torino, 2024, 8: "Il dato della comparabilità ... nasce dall'osservazione delle *profonde diversità* che possono cogliersi tra ordinamenti giuridici, così come illustrate dagli studi macrocomparativi".

¹³ V.C. JACKSON, *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 54-74.

¹⁴ S. OSELLA, *Surrogazione, multidisciplinarietà, e diritto comparato. Una proposta di ricerca (molto informale)*, in *DPCE*, 4, 2023, 1101-1110.

¹⁵ Per quanto riguarda l'India, si vedano ad esempio: S. SARAVANAN, *An ethnomethodological approach to examine exploitation in the context of capacity, trust and experience of commercial surrogacy in India*, in [Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine](#), 8(10), 2013; A. PANDE, *Wombs in Labor: Transnational Commercial*



rappresentano un dato non trascurabile, se si vuole affrontare con serietà l'argomento. Dalle evidenze disponibili emerge infatti che: 1. I figli nati da gpa non subiscono danni psicologici¹⁶; 2. Le ragioni per cui le donne si prestano alla gpa sono molteplici (non sono dunque legate solamente a ragioni economiche), tanto che spesso si formano *rappporti molto stretti* tra le donne gestanti e i genitori d'intenzione, *i contatti* tra loro sono, infatti, *in gran parte continui* e i figli delle donne gestanti sono *solidali e orgogliosi* di ciò che hanno fatto le loro madri¹⁷; 3. La maggior parte delle donne gestanti (circa il 99%) dimostra di avere un *elevato livello di soddisfazione* e non riporta problemi psicologici in seguito all'affidamento del minore ai genitori d'intenzione¹⁸.

Tali evidenze, per quanto qui sinteticamente riportate, contrastano, dal punto di vista logico con gli assunti su cui si basano le posizioni di quanti ritengono che la gpa offenda la dignità umana e rappresenterebbe una mercificazione delle capacità riproduttive, del corpo delle donne e dei minori.

Ciò non significa chiaramente che, al pari di molti altri istituti giuridici, nella realtà tale pratica sia esente da abusi, ma anzi tale aspetto rappresenta semmai un incentivo ad una sua regolamentazione scrupolosa e alla previsione di garanzie per le parti coinvolte, non certamente una sua criminalizzazione che, lungi dal frenare il fenomeno (non dissimilmente

Surrogacy in India, Columbia University Press, New York, 2014. Per il Canada: V. Gruben, A. Cattapan, A. Cameron (eds.), *Surrogacy in Canada: Critical Perspectives in Law and Policy*, Irwin Law, Toronto, 2018; P. WHITE, *Commercialization, Altruism, Clinical Practice: What Explains Similarities and Differences in Californian and Canadian Gestational Surrogacy Outcomes?* in [Women's Health Issues Women's Health Issues](#), 28(3), 2018, 239–250; S. YEE, C.V. GOODMAN, C.L. LIBRACH, *Determinants of gestational surrogates' satisfaction in relation to the characteristics of surrogacy cases*, in [Reproductive BioMedicine Online](#) 39(2), 2019, 249–261. Per gli USA: N.F. BROMFIELD, *"Surrogacy Has Been One of the Most Rewarding Experiences in My Life": A Content Analysis of Blogs by U.S. Commercial Gestational Surrogates*, in [International Journal of Feminist Approaches to Bioethics](#), 9(1), 2016, 192-217. Per una visione più globale si veda: E. KNEEBONE, K. BEILBY, K. HAMMARBERG, *Experiences of surrogates and intended parents of surrogacy arrangements: a systematic review*, in [Reproductive BioMedicine Online](#), 45(4), 2022, 815–830.

¹⁶ Uno studio longitudinale condotto dal *Centre for Family Research* dell'Università di Cambridge ha seguito le famiglie nate da gpa nel Regno Unito dal 2000, con diverse visite da parte dei ricercatori in varie fasi della vita dei bambini (una sintesi dell'intero studio è riportata da S. GOLOMBOK, *We are Family: What Really Matters for Parents and Children*, Scribe, London, 2020).

¹⁷ Z. BEREND, *The social context for surrogates' motivations and satisfaction*, in [Reproductive BioMedicine Online](#), 29(4), 2014, 399–401; S. IMRIE, V. JADVA, *The long-term experiences of surrogates: Relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements*, in [Reproductive BioMedicine Online](#), 29(4), 2014, 424–435; V. JADVA, S. IMRIE, S. GOLOMBOK, *Surrogate mothers 10 years on: A longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child*, in [human reproduction](#), 30(2), 2015, 373–379; S. GOLOMBOK, *We are Family*, cit.

¹⁸ E. TEMAN, *The Social Construction of Surrogacy Research: An Anthropological Critique of the Psychosocial Scholarship on Surrogate Motherhood*, in [Social Science and Medicine](#), 67, 2008, 1104 ss.; A. YAU ET AL., *Medical and Mental Health Implications of Gestational Surrogacy*, in [American Journal of Obstetrics & Gynecology](#), 2021.



da quanto avvenuto per l'aborto fino agli anni Settanta), agevolerebbe, al contrario, le coppie ad agire in clandestinità, così aumentando la pericolosità di condotte riprovevoli, legate allo sfruttamento del corpo della donna in assenza di tutele giuridiche e medico-sanitarie adeguate.

Nel più ampio contesto globale, specialmente in realtà economicamente svantaggiate e prive di una regolamentazione in materia, è documentato che si verificano episodi alquanto critici in relazione alla gpa. Esiste un vero e proprio mercato mondiale della gpa, che si basa sul traffico di donne, sulla coercizione esercitata dalle agenzie private intermediarie tanto sulle donne gestanti quanto sui genitori d'intenzione, nonché più in generale sul mancato rispetto dell'autonomia del corpo della donna, nonché l'assenza di un consenso informato e veramente libero di quest'ultima. Diversi ordinamenti del Sud-Est Asiatico, ad esempio, viste le modalità degradanti con cui di fatto la gpa si realizzava, a fronte del danno reputazionale che ciò generava nel contesto internazionale, sono passati da una regolamentazione in termini di liceità, ad una radicale proibizione della stessa (in questo senso: India, Nepal, Thailandia¹⁹). Il risultato è stato, tuttavia, che il turismo procreativo da gpa si è semplicemente spostato in altri luoghi (Cambogia²⁰, Kenya²¹, Uganda, Ucraina, Russia, Georgia²²).

Sul turismo procreativo generato da gpa, in dottrina è stato condivisibilmente osservato che quando tale pratica è ben regolamentata a livello nazionale, tenendo conto degli interessi di tutte le parti, la domanda di accordi transfrontalieri può diminuire. Vietare la gpa o negarne l'accesso (o lo status di genitori per i genitori intenzionali e/o i diritti di cittadinanza del minore) per alcuni gruppi rende solo più probabile la ricerca di soluzioni transfrontaliere²³, non

¹⁹ K. HORSEY, *The future of surrogacy*, cit., 9.

²⁰ N. BHOWMICK, *After Nepal, Indian Surrogacy Clinics move to Cambodia*, in [Al Jazeera](#), 28 June 2016.

²¹ H. MCCARTHY, *Hannah McCarthy travels to Kenya and finds a growing number of surrogate cases there*, in [The Journal](#), August 2023; B. WALIAULA, *Why Suba North MP wants Bills on reproductive health passed*, in [The Standard](#), 18 September 2023.

²² M. ROACHE, *Ukraine's 'baby factories': The human cost of surrogacy*, in [Al Jazeera](#), 13 September 2018; S. RUDRAPPA, *Reproducing Dystopia: The Politics of Transnational Surrogacy in India 2002-2015*, in *Crit. Sociol.*, 44, 2018, 1087–1101; S. RUDRAPPA, *The impossibility of gendered justice through surrogacy bans*, in [Current Sociology](#), 69(2), 2021, 286-299; G. SHARMA, *It will really make me sad': Georgia plans to ban commercial surrogacy*, in [Al Jazeera](#), 6 September 2023.

²³ K. HAMMARBERG, M. STAFFORD-BELL, S. EVERINGHAM, *Intended parents' motivations and information and support needs when seeking extraterritorial compensated surrogacy*, in [Reproductive BioMedicine Online](#), 31(5), 2015, 689–696; E. JACKSON ET AL., *Learning from Cross-Border Reproduction*, in [Medical Law Review](#), 25(1), 2017, 23–46; A. ARVIDSSON ET AL., *Being questioned as parents: An interview study with Swedish commissioning parents using transnational surrogacy*, in [Reproductive Biomedicine & Society Online](#), 8, 2019, 23–31; S. YEE, S. HEMALAL, C.L. LIBRACH, *Not My Child to Give Away: A Qualitative Analysis of Gestational Surrogates' Experiences*, in [Women and Birth](#), 33(3), 2020; E. KNEEBONE, K. BEILBY, K. HAMMARBERG, *Experiences of surrogates and intended parents of surrogacy arrangements: a systematic review*, in [Reproductive BioMedicine Online](#), 45, 2022, 815–830.



ponendo dunque una sua proibizione alcun utile rimedio alla tutela dei diritti delle donne e dei minori coinvolti.

2. L'ordinamento italiano e la gpa: dalla tolleranza ad una convinta repressione transnazionale.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la prima regolamentazione sistematica della gpa è avvenuta solo a partire dal 2004²⁴. Precedentemente, sebbene non consentita nelle strutture ospedaliere pubbliche, era praticata lecitamente nelle cliniche private. Diverse circolari del ministero della sanità succedutesi nel tempo specificavano i criteri medico-sanitari da seguire in questi casi. È a partire dal 2004 che il legislatore intese approntare una brusca virata sul tema, rendendo la gpa soggetta a sanzione penale (art. 12, comma 6, l. 40 del 2004²⁵). La chiarezza della legge sul punto ha, tuttavia, trovato un'ampia diversità di posizioni nella giurisprudenza di merito, la quale in molti casi non ha dato seguito al dettato normativo, lasciando lo statuto giuridico della gpa in Italia in un limbo sostanzialmente permissivo.

A distanza di vent'anni, la legislatura di destra attualmente in carica ha deciso di segnare una nuova tappa evolutiva nella disciplina italiana della gpa. Con la l. 169 del 2024, il legislatore ha infatti inteso rendere la gpa reato universale²⁶, come tale dunque punibile anche se commesso all'estero, al pari di crimini quali: la tortura, il genocidio, la riduzione in schiavitù e i crimini contro l'umanità. Pare così essere stato inaugurato il passaggio da un atteggiamento di sostanziale tolleranza (seppur a fronte di una formale punizione) ad un approccio convintamente repressivo e stigmatizzante della gpa.

Sul punto la giurisprudenza costituzionale domestica ha costantemente espresso un giudizio di riprovevolezza, ritenendo la gpa una pratica che: "Offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane"²⁷, in quanto: "Asseconda[ndo] un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente

²⁴ Sul punto in dottrina si veda per tutti: B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017.

²⁵ Art. 12, co. 6, l. 40 del 2004: "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

²⁶ Le modifiche hanno aggiunto al co. 6, art. 12, L. 40/2004 la seguente dicitura "Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla maternità surrogata, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana". Per un primo commento sul punto si veda ad esempio lo speciale della rivista [Gen/US: Focus: La gestazione per altri. Profili interdisciplinari alla ricerca di un complesso equilibrio tra istanze individuali e necessità di tutela](#), 2, 2023, online.

²⁷ [Corte cost., sent. n. 272 del 2017](#), punto 4.2. *cons. in dir.* Giudizio ribadito poi anche in [Corte cost., sent. 33 del 2021](#), punto 5.1. *cons. in dir.*, [Corte cost., sent. n. 79 del 2022](#), punto 5.2.3. *cons. in dir.*



vulnerabili sul piano economico e sociale”²⁸. Diversa, invece, la linea emersa in relazione al riconoscimento dei minori nati da gpa, avendo da ultimo riconosciuto che: “Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica [gpa], e l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell’individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco”²⁹.

A tal riguardo, in seno alla giurisprudenza di legittimità era sorto un rilevante contrasto in ordine al riconoscimento del genitore d’intenzione quale padre/madre del minore al rientro in Italia a fronte di gpa effettuata all’estero³⁰. Da un lato, la prima sezione civile della Cassazione riteneva, infatti, trascrivibile in Italia l’atto di nascita di minore nato da due madri formato all’estero, interpretando in via evolutiva il concetto di ordine pubblico internazionale, alla luce della progressiva apertura dello Stato italiano verso la comunità internazionale (artt. 10, 11 e 117 Cost.). L’ordine pubblico internazionale andrebbe individuato con esclusivo riferimento ai: “Diritti fondamentali dell’uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta Fondamentale dei Diritti dell’Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea

²⁸ [Corte cost., sent. 33 del 2021](#), punto 5.1. *cons. in dir.*, [Corte cost., sent. n. 79 del 2022](#), punto 5.2.3. *cons. in dir.*

²⁹ [Corte cost., sent. 33 del 2021](#), punto 5.9. *cons. in dir.*

³⁰ Per una puntuale ricostruzione del dibattito giurisprudenziale italiano e una accurata comparazione con alcune esperienze straniere si veda in particolare: G. GIAIMO, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, 2023, 698-759.

Nell’ambito dell’Unione Europea, in particolare, rilevanti risultano le esperienze di Grecia e Portogallo che disciplinano positivamente la gpa altruistica. In particolare, il Portogallo ha legalizzato la gpa altruistica dopo un importante intervento del Tribunale Costituzionale (sent. n. 225 del 24 aprile 2018), ampiamente commentata anche nella dottrina italiana, con la quale, in via diametralmente opposta alla giurisprudenza costituzionale e ordinaria italiana, si è sostanzialmente riconosciuto che: “L’argomento per cui la GPA configurerebbe sempre una mercificazione della donna o, addirittura, una sua riduzione in schiavitù, a prescindere da una attenta analisi delle condizioni sociali, culturali ed economiche in cui la medesima [madre surrogata] si è determinata a contribuire alla nascita di un bambino altrui, condurrebbe per un verso a mortificare la sua stessa capacità di autodeterminazione, il suo ruolo attivo e le sue motivazioni, e per altro verso ignorerebbe che la donna, anche nel corso della gravidanza, mantiene pur sempre - seppure in una condizione di vulnerabilità - la pienezza delle proprie relazioni sociali. Per il Tribunal constitucional, la gestante attua nel caso di GPA altruistica «un proprio progetto personale» ed «esprime la propria personalità», sicché la pratica «è l’opposto della sua degradazione», dovendosi rinvenire nella stessa «l’esercizio della sua autonomia individuale e della sua libertà personale»³⁹. Per conseguenza, secondo i giudici portoghesi «non vi è violazione della sua dignità umana, ma, al contrario, la sua partecipazione alla gestazione di sostituzione afferma una libertà che, in ultima analisi, si fonda proprio su tale dignità», così M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Cirsde, Torino, 2019, 14.



dei Diritti dell’Uomo”³¹. Non sarebbero invece principi dell’ordine pubblico internazionale le norme (primarie) con le quali il legislatore ordinario eserciti la propria discrezionalità in una determinata materia. Poiché la l. 40 del 2004 è pacificamente espressione della discrezionalità del legislatore italiano, le disposizioni nella stessa contenute non rappresenterebbero limiti al riconoscimento nell’ordinamento domestico di provvedimenti stranieri. Al contrario, la mancata trascrizione dell’atto di nascita straniero, in cui sono riconosciuti quali genitori del minore le due madri, costituirebbe una: “Violazione del principio di uguaglianza, intesa come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali”³².

Sul punto sono intervenute a più riprese le Sezioni Unite civili della Cassazione che, al contrario, sposando una concezione maggiormente tradizionale di ordine pubblico internazionale, hanno individuato tra i principi inderogabili anche quelli desumibili dalla normativa primaria. Sul punto hanno osservato che la sentenza straniera applicativa di un istituto non regolamentato dall’ordinamento nazionale: “Deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi, che, come nervature sensibili, fibre dell’apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo inverano l’ordinamento costituzionale”³³. A tal riguardo hanno, pertanto, motivato che: “Caratteristica dell’ordine pubblico è infatti la relatività e la mutevolezza nel tempo del suo contenuto, soggetto a modificazioni in dipendenza dell’evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, e quindi inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla *disciplina ordinaria* degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione, e che contribuiscono a loro volta a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali dell’ordinamento”³⁴. In questi termini il disvalore penale nei confronti della gpa, contenuto nella l. 40 del 2004, sarebbe radicato nella tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione. Il divieto di gpa rappresenterebbe, pertanto, un principio di ordine pubblico internazionale, ritenuto dal legislatore non irragionevolmente prevalente rispetto agli interessi del minore (valutazione rispetto alla quale il giudice non si può sostituire). Ne consegue la non trascrivibilità nell’ordinamento italiano di certificato di nascita straniero di minore nato da gpa.

Successivamente alla [sent. n. 33 del 2021](#) della Corte costituzionale³⁵, la prima sezione civile della Cassazione ha nuovamente stimolato le Sezioni Unite civili a pronunciarsi sul tema della tutela del minore nato da gpa all’estero, posto che il Giudice delle leggi aveva riconosciuto, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, che l’adozione in casi particolari ex art. 44

³¹ Cass., Sez. I, n. 19599 del 2016, 26-27.

³² Cass., Sez. I, n. 19599 del 2016, 35.

³³ Cass., SS.UU., n. 12193 del 2019, 25-26.

³⁴ Cass., SS.UU., n. 12193 del 2019, 29-30.

³⁵ Per un commento alla sentenza in dottrina in particolare si veda: A. SCHILLACI, *Non imposta, né vietata: l’omogenitorialità a metà del guado, tra Corti e processo politico*, in [GenIUS](#), 2, 2021.



lett. d) l. 184 del 1983 risulterebbe del tutto insoddisfacente in relazione al miglior interesse del minore, in quanto non comporterebbe né la effettività né la tempestività del rapporto di filiazione rispetto al genitore d'intenzione.

La soluzione elaborata dalle Sezioni Unite, a partire dal precedente del 2019 sopra citato, che vedrebbe nell'adozione in casi particolari la norma di chiusura che salvaguarda gli interessi del minore nato da gpa, si porrebbe pertanto in contrasto con numerosi principi costituzionali (in particolare artt. 2, 3, 30, 31 Cost.)³⁶. La prima sezione, in particolare, ha sollecitato le Sezioni Unite ad intervenire in via interpretativa rispetto al vuoto di tutela creatosi a seguito della sentenza monito della Corte costituzionale e soprattutto a considerare la diversità di situazioni in cui si realizza la gpa all'estero. Sarebbe infatti irragionevole, a parere della prima sezione, ritenere irrilevante la valutazione della legislazione del Paese in cui la gestazione è avvenuta. Gli interessi in gioco non sarebbero correttamente valutati dal giudice, se non può considerare quale siano state in concreto la posizione e la volontà della donna coinvolta nella gestazione³⁷. Il giudice, pertanto, dovrebbe poter valutare la situazione caso per caso, in concreto, a fronte di criteri predeterminati (adesione libera consapevole e non determinata da necessità economiche da parte della donna alla gestazione; revocabilità del consenso alla rinuncia all'instaurazione del rapporto di filiazione sino alla nascita del bambino; necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei due genitori intenzionali; valutazione in concreto degli effetti dell'eventuale diniego del riconoscimento sugli interessi in conflitto), che abbiano validità generale ed in base ad un bilanciamento dei valori in conflitto ispirato a principi di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza, senza che vi sia un'aprioristica definizione di prevalenza di un interesse in gioco.

Espressesi sul punto, le Sezioni Unite civili hanno statuito che, nell'inerzia del legislatore al cospetto del monito lanciato dal Giudice costituzionale: "La valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto ... Ciò vale soprattutto in una vicenda, come l'attuale, nella quale si profila un ambito di discrezionalità del legislatore che la Corte costituzionale

ha inteso preservare, indicando un percorso di collaborazione istituzionale nel quadro di un bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori"³⁸.

Nell'adottare un atteggiamento di self-restraint, le Sezioni Unite hanno riconosciuto che la giurisprudenza costituzionale non ha in alcun modo fatto venir meno la validità del proprio precedente segnato dalla sentenza del 2019, sopra richiamata. Ciò è ancora più vero dopo che la [sent. n. 79 del 2022](#) della Corte costituzionale ha affermato che anche l'adozione del minore

³⁶ Cass., Sez. I, n. 1842 del 2022, 6 ss.

³⁷ Cass., Sez. I, n. 1842 del 2022, 21.

³⁸ Cass., SS.UU., n. 38162 del 2022, 28.



in casi particolari produce effetti pieni e fa nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante. Hanno poi sottolineato che nel diritto vivente determinato dalla costante giurisprudenza di legittimità è possibile superare la rilevanza ostativa del dissenso all'adozione in casi particolari ai sensi della lettera d) (presentato dal genitore biologico), tenendo conto che il contrasto rischia, non di vanificare l'acquisto di un legame ulteriore rispetto a quello che il minore ha con la famiglia di origine, ma proprio di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il bambino è cresciuto, privandolo di un apporto (quello del genitore d'intenzione) che potrebbe invece essere fondamentale per la sua crescita e il suo sviluppo.

Le Sezioni Unite hanno evidenziato la persistente difficoltà di chi partecipa al progetto procreativo senza avere legami genetici con il minore. Il genitore d'intenzione, infatti, potrebbe cambiare idea e non voler più instaurare alcun rapporto giuridico con il nato. In questo caso, il minore non avrebbe alcun diritto alla costituzione, attraverso l'adozione, di un rapporto con il genitore d'intenzione. Tale aspetto, a parere delle Sezioni Unite, tuttavia, non sarebbe di per sé solo sufficiente a giustificare l'introduzione dell'automatismo della trascrizione del certificato di nascita straniero nell'ordinamento italiano.

Al netto di tali argomentazioni, le Sezioni Unite hanno infine ritenuto che: "L'adozione in casi particolari, per come attualmente disciplinata, si profila come uno strumento potenzialmente adeguato al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali, restando la valutazione in ogni caso sottoposta al vaglio del giudice nella concretezza della singola vicenda e ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in ogni momento per dettare una disciplina ancora più aderente alle peculiarità della situazione"³⁹.

Il Supremo Consesso ha sottolineato che la sanzione penale che stigmatizza il ricorso alla gpa rappresenta nell'ordinamento italiano un principio invalicabile di ordine pubblico, fondato sulla lesività di tale pratica rispetto alla dignità umana intesa in senso oggettivo, come tale non disponibile alla sensibilità, alla percezione e alle aspirazioni del singolo individuo (dimensione soggettiva), né nell'ipotesi solidaristica né in quella commerciale, in quanto riferita ad un valore originario di ogni persona, non comprimibile e non rinunciabile⁴⁰. La ratio adottata dal

³⁹ Cass., SS.UU., n. 38162 del 2022, 37.

⁴⁰ Per Cass., SS.UU., n. 38162 del 2022, 42-43, la gpa si configura come: "L'operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna. La gestazione per altri lede la dignità della donna e la sua libertà anche perché durante la gravidanza essa è sottoposta ad una serie di limiti e di controlli sulla sua alimentazione, sul suo stile di vita, sulla sua astensione dal fumo e dall'alcol e subito dopo il parto è oggetto di limitazioni altrettanto pesanti causate dalla privazione dell'allattamento e dalla rescissione immediata di ogni rapporto con il bambino. L'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 esprime l'esigenza di porre un confine al



legislatore sarebbe quella per cui solo un divieto così ampio sarebbe in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità delle donne, essendo così preclusa al giudice qualunque valutazione in concreto delle condizioni in cui abbia agito la donna gestante. Ha riconosciuto che l'automatismo del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione sulla base del contratto di maternità surrogata e degli atti di autorità straniera che riconoscono la filiazione: 1. Finirebbe in realtà per legittimare in maniera indiretta e surrettizia una *pratica degradante*; 2. Non è funzionale alla realizzazione del miglior interesse del minore, attuando semmai quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi; 3. Non si concilia con la necessaria valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello status, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale. Una diversa soluzione porterebbe a fondare l'acquisto della genitorialità sulla sola scelta degli adulti, anziché su una relazione affettiva già di fatto instaurata e consolidata.

Nel panorama italiano, il dibattito dottrinale sulla gpa si presenta alquanto polarizzato. Vi è anzitutto chi ritiene che l'attuale formulazione legislativa, unitamente all'interpretazione emersa nella giurisprudenza di legittimità, determinerebbero in realtà una: "Legittimazione ex ante di un astratto diritto a una genitorialità procreativa di tipo surrogatorio, assistita dalle prestazioni delle tecniche di genetica e sganciata da una reale considerazione di esigenze 'vive' e situate"⁴¹. Norma giuridica e giurisprudenza sarebbero, dunque, incapaci di dissuadere dal ricorso alla gpa, soddisfacendo in realtà: "Istanze di istituzionalizzazione della maternità surrogata e di ipostatizzazione del 'fatto compiuto', fungendo da catalizzatore e non da inibitore della pratica"⁴².

Senza alcuna pretesa di esaustività intorno ad un dibattito risalente nel tempo, dai contenuti alquanto complessi e dai toni accesi è possibile individuare in particolare due filoni argomentativi.

Da una parte si scaglia chi sposa una posizione di assoluta contrarietà alla legalizzazione della gpa, anche quando altruistica. A tal riguardo, è stato argomentato che: "Ciò che subordina le donne non è la maternità e non lo è il parto, ma lo sono i modi storici del loro sfruttamento, che cambiano (e dei quali la surrogazione di maternità è la versione più aggiornata)"⁴³. Risulterebbe, infatti: "Ancora, e molto, radicata nella mentalità una concezione svalutativa, e al tempo stesso predatoria, della capacità generativa delle donne come 'naturale', ossia come attività meramente 'riproduttiva', inanimata, animale, incosciente, ciò

desiderio di genitorialità ad ogni costo, che pretende di essere soddisfatto attraverso il corpo di un'altra persona utilizzato come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile.

⁴¹ E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017, 9.

⁴² *Ibid.*, 8-9.

⁴³ S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 227-228.



che ne permette, ne legittima, anzi ne autorizza – da secoli – lo sfruttamento, al pari e non diversamente da ogni altra risorsa naturale”⁴⁴. È stato così osservato che: “Avrebbe dovuto apparire evidente che, nella pratica della surrogazione di maternità, la violazione della dignità, intesa proprio come principio fondante l’ordinamento costituzionale e presupposto alla tutela dell’essere umano, [la gpa] coinvolge chiaramente anche il bambino, la cui nascita altro non è che un ‘mezzo’, uno ‘strumento’ per realizzare desideri altrui, tanto che il suo apparire al mondo coincide con la perdita immediata della relazione per lui più importante proprio perché è l’unica che conosce, oltre che la più naturale, quale quella materna; l’assenza di quella relazione significa, inoltre, far coincidere la sua prima esperienza di vita, il suo battesimo al mondo con l’esperienza dell’abbandono”⁴⁵.

In linea diametralmente opposta, si colloca chi ritiene che sia importante reimpostare il dibattito sullo statuto giuridico della gpa a partire dal fatto che: “La sua regolazione normativa (che superi il mero divieto penale) deve essere progettata in primo luogo per adattarsi ad un contesto relazionale e non ad una tecnica medica”⁴⁶. Una legislazione in funzione di garanzia della tutela dei diritti dei soggetti coinvolti nella gpa sarebbe, infatti, funzionale al fine di: “Intervenire a organizzare la libertà e ad arginare quelle situazioni di subordinazione che pure incidono sulle concrete condizioni di esercizio della libertà medesima, anche (ma non solo) in relazione al ruolo del mercato”⁴⁷. Contro la stigmatizzazione tout court della gpa è stato ritenuto che: “Libertà e responsabilità - come implicate dall’esperienza della gravidanza - si muovono in uno spazio necessariamente più vasto, animato da relazioni complesse e da altrettanto complesse dinamiche di reciproca cura. In questo senso, prendere sul serio il rapporto tra autonomia, corpo e relazioni consente di riconoscere la dignità e il valore femminile che sono al centro della surrogazione – al limite, di riconoscere lo stesso elemento di potere che inevitabilmente è mobilitato nel processo procreativo, e sondare la possibilità di una sua trasformazione, attraverso il reciproco riconoscimento, in relazione di alleanza - senza tuttavia ridurre la maternità a destino cui l’autonomia femminile non può opporsi”⁴⁸.

⁴⁴ *Ibid.*, 218.

⁴⁵ F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore la Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, in Costituzionalismo.it, 1, 2018, 155.

⁴⁶ G. BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 85.

⁴⁷ A. SCHILLACI, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in *BioLaw Journal*, 1, 2022, 52. Nel senso di una legalizzazione della gpa altruistica si vedano, ad esempio: A. RUGGERI, C. SALAZAR, *«Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in questa *Rivista*, 2017/I, 138-148.

⁴⁸ A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, cit., 195.



In attesa di capire che tipo di attuazione rinverrà la novella legislativa (l. 169 del 2024) da parte delle istituzioni e nella società, preme sin da ora evidenziare che, come emerge in maniera evidente dalle argomentazioni sviluppate dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria qui sinteticamente ripercorse, l'ordinamento giuridico italiano non solo ha sperimentato negli ultimi vent'anni un ricorso sempre più aggressivo alla sanzione penale per dissuadere i consociati dal ricorso alla gpa, ma ha fondato la potestà punitiva su una retorica infarcita di paternalismo, che contrasta radicalmente con il percorso storico-evolutivo che il principio costituzionale di eguaglianza formale e sostanziale ha conosciuto in Italia in relazione alla disciplina giuridica del corpo della donna negli ultimi ottant'anni. Il divieto assoluto di gpa presume che una donna, per quanto indipendente dal bisogno economico e per quanto consapevole delle conseguenze delle proprie azioni, non sia comunque in grado di autodeterminarsi in materia di gestazione per altri. Sussiste cioè una vera e propria presunzione assoluta (come tale invincibile) di incapacità della donna, che restituisce alla società l'immagine di un soggetto debole e incosciente, sottoposto, in qualunque circostanza in tema di gpa, ad una decisione statale sull'*an* e sul *quomodo* dell'utilizzo del proprio utero a fini gestazionali.

3. *Un cambio radicale di prospettiva: la disciplina giuridica della gpa nel Regno Unito, Canada, Australia e Nuova Zelanda.*

In una prospettiva del tutto capovolta rispetto a quella italiana, si rinvengono gli ordinamenti di *common law*. Pur nelle rispettive differenze strutturali, i sistemi giuridici di *common law* qui analizzati sono profondamente legati tra di loro dal punto di vista della cultura giuridica di appartenenza. Ancora oggi, anche con specifico riguardo alla disciplina della gpa, le influenze reciproche sono particolarmente marcate. Sul punto è stato osservato che: "La regolamentazione della maternità surrogata [nei Paesi analizzati] ... presenta molte analogie. Ciò riflette l'influenza storica del diritto inglese nel Commonwealth; più recentemente, gli sviluppi giuridici in ciascun Paese sono influenzati dagli sviluppi negli altri"⁴⁹. Diversamente dagli Stati Uniti, che hanno conosciuto un diverso percorso nella regolamentazione della gpa, i Paesi qui in oggetto proibiscono tutti la surrogazione c.d. commerciale. Inoltre, le obbligazioni derivanti dagli accordi di gpa, anche quella altruistica, non possono essere imposte coattivamente attraverso la giurisdizione, ma solo adempiute spontaneamente. A specifiche condizioni, la gpa altruistica è ammessa. La donna gestante e il suo/la sua partner sono riconosciuti quali genitori alla nascita del minore. La genitorialità, tuttavia, può essere trasferita nella maggior parte dei casi, dopo la nascita, attraverso apposita ordinanza

⁴⁹ M. KEYES, *Surrogacy in the Anglo world: the UK, Australia, Canada and New Zealand*, in K. Trimmings, S. Shakargy, C. Achmad (eds.), *Research Handbook on Surrogacy and the Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2024, 376.



giurisdizionale (Regno Unito, Australia, Nuova Zelanda e la maggior parte delle province del Canada).

Tanto la Nuova Zelanda a partire dal 2022, quanto il Regno Unito dal 2023 hanno intrapreso processi di riforma della disciplina della gpa, istituendo a tal proposito apposite *Law Commissions*. La revisione, tuttavia, va nel senso di un rafforzamento dello statuto giuridico della gpa al fine di rendere più agevole la pratica per coloro che vi accedono e allo stesso tempo garantire con certezza i diritti dei soggetti coinvolti, con particolare riguardo alla posizione del minore, in linea con la disciplina, normativa e giurisprudenziale, internazionale sviluppatasi sul punto. L'intenzione dei legislatori è dunque quella di rendere più facilmente accessibile la gpa, aumentando allo stesso tempo gli istituti di garanzia posti a presidio delle diverse parti coinvolte nel progetto procreativo.

3.1. *La gpa nel Regno Unito tra norme positive e prassi giurisprudenziali.*

Nel Regno Unito la normativa di riferimento è rinvenibile nel Surrogacy Arrangements Act 1985 e nello Human Fertilization and Embryology Act 2008. Occorre subito precisare che il Regno Unito con la propria legge del 1985 è stato uno dei primi Paesi al mondo a regolamentare la gpa. In tale ordinamento, l'idea di fondo è che la gpa sia: "Un'opzione positiva per coloro che cercano di creare una famiglia attraverso la riproduzione assistita"⁵⁰ e che contribuisca a dar vita a famiglie molto desiderate per coloro che altrimenti non sarebbero stati in grado di averne una. Una concezione che si trova dunque agli antipodi delle riflessioni maturate nel contesto europeo continentale.

Il Surrogacy Arrangements Act 1985 punisce con multe fino a £ 5.000 e tre mesi di arresto chi stipula, oppure chi facilita o semplicemente partecipa alla conclusione di contratti di gpa di natura commerciale. Tali sanzioni non si applicano alle organizzazioni no-profit che facilitano la gpa. Sul punto è cruciale osservare che simili reati non sono ad oggi mai stati perseguiti nel Regno Unito.

Lo Human Fertilization and Embryology Act 2008 consente, inoltre, ai genitori d'intenzione, dopo la nascita del minore, di chiedere al tribunale l'emanazione di un parental order, attraverso cui viene trasferito lo status genitoriale. Al fine di ottenere l'adozione di un parental order, i genitori d'intenzione devono soddisfare una serie di requisiti previsti per legge, in particolare: i richiedenti devono avere almeno 18 anni al momento della richiesta; se i richiedenti sono due, devono essere sposati, essere parte di un'unione civile o avere una "relazione familiare duratura"; almeno uno dei richiedenti deve essere domiciliato nel Regno

⁵⁰ DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL CARE (DHSC), [Care in surrogacy: guidance for the care of surrogates and intended parents in surrogate births in England and Wales](#), 2018.



Unito, nelle Isole del Canale o nell'Isola di Man, al momento dell'emissione dell'ordinanza; i gameti di almeno uno dei richiedenti devono essere stati utilizzati per creare l'embrione; la domanda deve essere presentata più di sei settimane e meno di sei mesi dopo la nascita; il minore deve vivere con i richiedenti; la donna gestante e qualsiasi altro genitore, che non sia un richiedente, devono aver acconsentito all'emissione dell'ordinanza sei settimane o più dopo la nascita del minore; alcun denaro o beneficio superiore alle "spese ragionevolmente sostenute" deve essere stato dato o ricevuto da qualsiasi richiedente per l'accordo, la consegna del minore o l'emissione dell'ordinanza.

Quando emana il parental order, il giudice è chiamato sempre a tenere in considerazione il miglior interesse del minore, in linea con quanto disposto dall'Adoption and Children Act 2002 (cioè il best interest of the child).

L'aspetto maggiormente interessante del Regno Unito riguarda, tuttavia, l'attuazione della gpa nella prassi quotidiana. Al di là delle normative citate, ampio spazio, infatti, è lasciato, come tipico nelle giurisdizioni di *common law*, alle decisioni dei giudici. La giurisprudenza di fatto ha smantellato tutti i limiti posti dal legislatore, interpretando con grande flessibilità i requisiti imposti dalla legge. Ciò in particolare è avvenuto con riferimento ai parental order, che sono stati adottati, nel miglior interesse del minore, anche in assenza dei presupposti giuridici previsti⁵¹. È accaduto così che sia stato riconosciuto lo status di coppia a soggetti che avevano solo relazioni platoniche e non avevano neppure mai convissuto⁵². Allo stesso modo, è stato concesso un provvedimento nel caso in cui i richiedenti non avevano mai vissuto insieme prima di decidere di avere figli⁵³ e nell'ipotesi in cui uno dei genitori fosse deceduto, dopo la presentazione della domanda⁵⁴ o durante la gravidanza⁵⁵. Inoltre, in diversi casi, i genitori d'intenzione erano separati e vivevano in luoghi diversi, quando è stata presentata l'istanza di parental order. Ciò tuttavia non ha impedito ai giudici di riconoscere che il luogo di abitazione dei minori fosse presso entrambi i richiedenti.

Cruciale risulta anche l'interpretazione del concetto di spese ragionevoli. Nel primo parental order adottato nel Regno Unito che ha trattato la questione della gpa commerciale svolta all'estero⁵⁶, è stato sottolineato che il test da applicare nel caso concreto era se il denaro pagato fosse "sproporzionato" rispetto alle spese ragionevoli, se i richiedenti avessero agito in buona fede e se stessero tentando di trarre in inganno le autorità. Accertato che non era questo il caso, il tribunale ha concesso il parental order, ritenendo di fatto che, sebbene vi fosse stato un rilevante scambio di denaro, lo stesso poteva considerarsi, tra i vari requisiti

⁵¹ K. HORSEY, *Fraying at the edges: UK Surrogacy Law in 2015*, in [Medical Law Review](#), 24(4), 2016, 608–621. In giurisprudenza si veda anche: *Z (A Child) (No. 2)* [2016]EWHC 1191 (Fam).

⁵² *Re X (A Child: foreign surrogacy)* [2018] EWFC 15.

⁵³ *Re DM and LK* [2016] EWHC 270 (Fam).

⁵⁴ *A & Anor v P & Ors* [2011]EWHC 1738 (Fam).

⁵⁵ *Re X* [2020]EWFC 39.

⁵⁶ *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008]EWHC 3030 (Fam).



ponderati dal giudice britannico, come spesa ragionevole, anche alla luce del contesto in cui la gpa era concretamente avvenuta. Tale precedente ha reso possibile l'adozione di parental order nel regno Unito anche in presenza di gpa commerciali⁵⁷. Sul punto la giurisprudenza del Regno Unito si è oramai consolidata nel senso che nei casi di gpa realizzati al di fuori del Regno Unito il parental order è garantito, salvo che non sia data prova di un *evidente abuso del diritto*⁵⁸.

La giurisprudenza si è invece dimostrata irremovibile in relazione al requisito del consenso libero, informato e incondizionato espresso dalla donna gestante, al punto che in un caso recente in cui la Corte d'Appello d'Inghilterra e del Galles aveva riscontrato che il consenso non era stato prestato in maniera puramente incondizionata, ha proceduto alla revoca del parental order concesso in primo grado⁵⁹.

3.2. La gpa in Canada: un Paese dalle discipline variegate.

In Canada la gpa è regolamentata a livello statale e provinciale. Sul piano federale, invece, sono previste alcune norme penali per la gpa commerciale nell'Assisted Human Reproduction Act. In particolare, quest'ultimo proibisce il pagamento, la promessa di pagamento, o la pubblicizzazione di pagamento nei confronti di una donna, affinché svolga il ruolo di gestante⁶⁰. Rispetto alla gpa, sono altresì punite l'intermediazione⁶¹ e il pagamento dell'intermediazione⁶². Le sanzioni prevedono fino a cinque anni di carcere e fino a duecentocinquanta mila dollari canadesi di multa in caso di trasgressione delle previsioni normative.

Spesso tali norme, tuttavia, non vengono fatte rispettare, sebbene vi siano stati in passato casi eclatanti di loro applicazione, soprattutto nei confronti di agenzie di intermediazione. In alcune province, la legislazione prevede espressamente che gli accordi di gpa non possono essere fatti rispettare coattivamente per via giurisprudenziale, ma solo per adempimento spontaneo. È invece ammesso il rimborso delle spese di viaggio, della cura di figli a carico e di animali, di visite mediche e di servizi di consulenza legale, di assicurazione, cibo e vestiti, e la perdita del reddito da lavoro da parte della donna gestante.

⁵⁷ Sul punto si vedano ad esempio: Re L (A Minor) [2010]EWHC 3146 (Fam), e Re X And Y (Children) [2011]EWHC 3147 (Fam).

⁵⁸ Re L (A Minor) [2010]EWHC 3146 (Fam), punto 10.

⁵⁹ Re C (Surrogacy: Consent) [2023]EWCA Civ 16.

⁶⁰ Assisted Human Reproduction Act, SC 2004, c 2, s 6(1).

⁶¹ Assisted Human Reproduction Act, SC 2004, c 2, s 6(2).

⁶² Assisted Human Reproduction Act, SC 2004, c 2, s 6(3).



Lo status di genitore è regolato a livello provinciale. Mentre la donna gestante è riconosciuta come madre del bambino alla nascita⁶³, il trasferimento della responsabilità genitoriale, così come previsto dagli accordi di gpa, può avvenire in ogni provincia canadese, anche se le procedure utilizzate per farlo non sono le stesse. La maggior parte delle province ha adottato una legislazione specifica sullo status dei genitori a seguito di gpa e vi sono sostanzialmente due diverse modalità per procedere al trasferimento delle responsabilità genitoriali.

Il primo metodo è utilizzato in British Columbia, in Ontario, nell'Isola del Principe Edoardo e nel Saskatchewan. I genitori d'intenzione vengono riconosciuti quali genitori del bambino, se la donna gestante e i genitori d'intenzione hanno stipulato un accordo prima del concepimento del minore, che definisse le intenzioni delle parti e se la donna gestante acconsente per iscritto, dopo la nascita del bambino, a rinunciare a quest'ultimo⁶⁴. Le parti possono chiedere al tribunale una dichiarazione di genitorialità (sia in senso positivo, per riconoscere lo status di genitore da parte dei genitori d'intenzione, sia in senso negativo, per stabilire che la donna gestante non è la madre del minore), ma ciò non è necessario al fine di attribuire lo status di genitore ai genitori d'intenzione.

La legislazione della Columbia Britannica, che è stata promulgata per prima, impone, invece, il minor numero di condizioni per il riconoscimento dello status di genitori ai genitori d'intenzione. Richiede, infatti, che vi sia un accordo, prima che il nascituro sia concepito, che dichiarare che i genitori d'intenzione saranno i genitori del bambino, che la donna gestante non sarà la madre e che rinuncerà al minore; che nessuna delle parti si sia ritirata dall'accordo prima del concepimento; e che dopo la nascita, la donna gestante dia il consenso scritto a rinunciare al bambino e che i genitori d'intenzione prendano il bambino sotto la propria custodia⁶⁵. Le normative dell'Ontario, dell'Isola del Principe Edoardo e del Saskatchewan sono simili, ma impongono diversi requisiti aggiuntivi, tra cui il fatto che le parti devono aver ricevuto una consulenza legale indipendente prima di stipulare l'accordo⁶⁶, e che il consenso della donna gestante alla rinuncia alla maternità non può essere prestato prima di un determinato periodo⁶⁷.

La seconda via attraverso cui può essere riconosciuto lo status di genitore ai genitori d'intenzione in Canada è attraverso un'istanza rivolta al tribunale, affinché emani una dichiarazione di filiazione. Questa modalità è utilizzata in Alberta, Manitoba e Nuova Scozia.

⁶³ Es. Birth Registration Regulations, NS Reg 390/2007, s 4.

⁶⁴ Family Law Act, SBC 2011, c 25, s 29(3); Children's Law Reform Act RSO 1990, c 12, s 10(3); Children's Law Act, C-6.1, s 23(2); Children's Law Act, SS 2020, c 2, s 62(3).

⁶⁵ Family Law Act, SBC 2011, c 25, s 29(2) and (3).

⁶⁶ Children's Law Reform Act, RSO 1990, c 12, s 10(2)1; Children's Law Act, RSPEI, C-6.1 s 23(1)(c); Children's Law Act, SS 2020, c 2, s 62(2)(b).

⁶⁷ Children's Law Reform Act RSO 1990, c 12, s 10(4): il consenso della donna gestante non deve essere prestato prima che il bambino abbia compiuto sette giorni; Children's Law Act, SS 2020, c 2, s 62(4): il consenso della donna gestante può essere prestato a partire da quando il bambino ha tre giorni di vita.



La disciplina normativa di queste tre province è simile a quella della Columbia Britannica, dell'Ontario, dell'Isola del Principe Edoardo e del Saskatchewan, con la differenza significativa, però, che i genitori d'intenzione devono rivolgersi al tribunale per ottenere una dichiarazione di filiazione che riconosca il loro status⁶⁸. Anche in questo caso, i requisiti differiscono tra le giurisdizioni su alcuni aspetti. La legislazione della Nuova Scozia, ad esempio, impone pochi requisiti e non richiede esplicitamente il consenso post-natale della donna gestante, ma richiede che l'accordo sia stato stipulato prima del concepimento⁶⁹ e che almeno un genitore committente abbia un legame genetico con il bambino⁷⁰. In Alberta e Manitoba, la legge stabilisce che il tribunale deve rilasciare la dichiarazione se il bambino è nato grazie alla riproduzione assistita e la donna gestante acconsente alla richiesta⁷¹, ma impone ulteriori requisiti, che non sono identici nelle due province. Questi includono che almeno uno dei genitori d'intenzione deve avere un legame genetico con il bambino⁷²; che la domanda deve essere presentata entro 30 giorni dalla nascita⁷³; che le parti devono ricevere una consulenza legale indipendente prima di stipulare l'accordo⁷⁴; e che il bambino deve essere affidato ai genitori d'intenzione⁷⁵.

Prima dell'adozione della legislazione specifica nelle sette province, i tribunali riconoscevano lo status di genitore dei genitori d'intenzione di solito adottando dichiarazioni di parentela, in base a disposizioni normative non specificamente concepite per gli accordi di gpa⁷⁶, in base all'istituto dell'affidamento (*parens patriae*)⁷⁷, o in base alla giurisdizione generale di equità (*general equitable jurisdiction*)⁷⁸.

Nel valutare se adottare la dichiarazione, i tribunali verificano diversi fattori, principalmente: l'interesse del minore⁷⁹, le circostanze dell'accordo (ad esempio, se i genitori d'intenzione erano anche i genitori genetici), il consenso della donna gestante e se questa ha rinunciato al bambino⁸⁰. La dichiarazione di filiazione rimane una soluzione possibile nelle province che non hanno disciplinato legislativamente in modo specifico questo aspetto della

⁶⁸ Family Law Act, SA 2003, c F-4.5, s 8.2(6); Birth Registration Regulations, NS Reg 390/2007, s 5.

⁶⁹ Birth Registration Regulations, NS Reg 390/2007, s 5(2)(b).

⁷⁰ *Ibid.* s 5(2)(e).

⁷¹ Family Law Act, SA 2003, c F-4.5, s 8.2(6); Family Maintenance Act, CCSM c F20, s 24.1(3).

⁷² Family Law Act, SA 2003, c F-4.5, s 8.2(1)(b).

⁷³ *Ibid.* s 8.2(4), che prevede anche che il tribunale possa concedere un periodo più lungo. Nel Manitoba, inoltre, la domanda deve essere presentata almeno due giorni dopo la nascita: Family Maintenance Act, CCSM c F20, s 24.1(4).

⁷⁴ Family Maintenance Act, CCSM c F20, s 24(5).

⁷⁵ *Ibid.* s 24.1(3) (c) (ii).

⁷⁶ *AWM v. TNS*, 2014 ONSC 5420.

⁷⁷ *AA v. BB*, 2007 ONCA 2.

⁷⁸ *Rypkema v. HTMQ*, 2003 BCSC 1784; *BAN v. JH*, 2008 BCSC 808; *D(M) v. L(L)*, 90 OR (3d) 127.

⁷⁹ *AA v. BB*, 2007 ONCA 2 [30].

⁸⁰ *Rypkema v. HTMQ*, 2003 BCSC 1784 [30]; *CPB v. LMB* 2019 SKQB 306, [31]–[33].



gpa, ossia in Terranova e Labrador⁸¹ e nel New Brunswick⁸². Il Québec è l'unica provincia in cui il riconoscimento dei genitori d'intenzione come genitori anche dal punto di vista giuridico del minore non avviene attraverso una dichiarazione di parentela. I genitori d'intenzione richiedono invece l'adozione del bambino. I tribunali del Québec hanno concesso ordini di adozione in molti casi di gpa, sia nazionali che internazionali⁸³, sulla base del fatto che ciò è coerente con il migliore interesse del minore, nonostante talvolta il parere contrario del Procuratore generale⁸⁴.

3.3. La gpa in Australia e il ruolo proattivo delle corti.

Sebbene in Australia il diritto di famiglia sia generalmente disciplinato a livello federale, in materia di gpa ciascuno stato ha adottato una propria legislazione. La legislazione adottata dai sei Stati federati e dalle due Province australiane ha subito una forte influenza da parte della normativa del Regno Unito, rispetto alla quale presenta grandi somiglianze. Le diverse legislazioni australiane non sono tra loro identiche, ma hanno alcuni punti in comune. Tra questi in particolare vale la pena evidenziare che alcuni aspetti della gpa sono comunemente criminalizzati; negli accordi altruistici, la legge consente il trasferimento della genitorialità dopo la nascita del minore attraverso ordinanze giurisdizionali; mentre il diritto australiano non consente un adempimento coattivo delle obbligazioni previste nei contratti di gpa, la donna gestante può far valere l'obbligazione dei genitori d'intenzione al rimborso delle spese ragionevolmente sostenute durante la gestazione.

In Australia, le condotte volte a facilitare e a promuovere la gpa sono punite in tutte e otto le giurisdizioni, mentre i contratti di gpa commerciale sono sanzionati penalmente nella maggior parte di queste. Le sanzioni variano molto tra di loro. Nei casi più gravi, i reati relativi alla gpa arrivano a contemplare sanzioni che consistono in cinque anni di prigione. Anche in Australia si assiste al curioso fenomeno per cui, nonostante la presenza di previsioni espresse, le sanzioni non vengono di fatto applicate nella realtà⁸⁵.

⁸¹ Children's Law Act, RSNL 1990, c-13, ss 6 e 7.

⁸² MAM v. TAM, 2015 NBQB 145.

⁸³ Adoption – 1445, 2014 QCCA 1162; Adoption – 1631, 2016 QCCQ 6872; Adoption – 16199, 2016 QCCQ 8951; Adoption – 21301, 2021 QCCQ 7351.

⁸⁴ *Ibid.*,

⁸⁵ Sul punto in particolare si veda: M. KEYES, *Surrogacy in the Anglo world: the UK, Australia, Canada and New Zealand*, in K. Trimmings, S. Shakargy, C. Achmad (eds.), *Research Handbook on Surrogacy and the Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2024, 383.



Per quanto riguarda la responsabilità genitoriale, il parentage order⁸⁶ adottato dai giudici australiani persegue sempre il miglior interesse del minore e può essere adottato solo se la donna gestante e l'eventuale partner acconsentono. Devono inoltre sussistere una serie di requisiti giuridicamente richiesti, affinché possa avvenire dopo la nascita il trasferimento di responsabilità genitoriale ai genitori d'intenzione. In particolare⁸⁷: l'accordo non deve avere natura commerciale⁸⁸; l'accordo deve essere stato stipulato prima del concepimento⁸⁹; le parti devono avere una certa età⁹⁰; i genitori d'intenzione devono presentare un certo legame con la giurisdizione⁹¹; le parti devono aver ricevuto una consulenza e, nella maggior parte delle giurisdizioni, anche un parere legale⁹².

⁸⁶ Nell'ordinamento australiano in particolare si distingue tra parentage order e parenting order. Nonostante l'assonanza rappresentano due istituti giuridici tra loro profondamente diversi e dunque è importante non confonderli. I parentage orders sono quelli più comunemente noti nel resto del mondo anglosassone come parental order e intervengono direttamente a modificare in maniera più incisiva la genitorialità. Sono idonei a trasferire lo status di genitore nei casi di gpa dalla madre surrogata ai genitori d'intenzione, determinando anche una vera e propria modifica sul certificato di nascita del minore. I parentage orders sono di competenza delle Corti statali. I parenting orders, invece, che seguono la disciplina prevista dal Family Law Act 1975 sono di competenza della giurisdizione federale. Vengono adottati generalmente a fronte della separazione dei genitori, laddove insorge il problema della custodia dei figli e della sua concreta regolamentazione. Dunque sono funzionali a stabilire alcune condizioni come la casa in cui abiterà il minore, chi se ne prenderà cura, ecc. Tuttavia non intervengono a modificare il certificato di nascita. Sebbene decisamente meno radicali dei parentage orders possono comunque risultare utili anche nei casi di gpa, soprattutto se compiuta all'estero e se realizzata al di fuori dei vincoli previsti dalle legislazioni domestiche per regolare il rapporto tra il minore e i genitori d'intenzione.

⁸⁷ M. KEYES, *Australia*, in K. Trimmings, P. Beaumont (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Hart, Oxford, 2013. 25-48.

⁸⁸ Surrogacy Act 2010 (NSW) s 23; Status of Children Act 1974 (Vic) s 22(1)(d).

⁸⁹ Si tratta di un requisito esplicito in quattro Stati (ad esempio, Surrogacy Act 2010 (NSW) s 24(1)) e nel Territorio del Nord, e implicito nelle altre tre giurisdizioni, tranne che nel Victoria, se la gravidanza è stata ottenuta senza fecondazione in vitro.

⁹⁰ Tutte le giurisdizioni prevedono un'età minima almeno per i richiedenti, ma non c'è uniformità per quanto riguarda le età minime (che variano tra i 18 e i 25 anni), il momento in cui tali età minime si applicano (alla stipulazione dell'accordo o alla presentazione della domanda) o quali parti devono soddisfare tali requisiti. In alcune giurisdizioni tutte le parti devono avere 25 anni (ad esempio, Surrogacy Act 2019 (SA) s 10(3)(a), (4)(a)); in un'altra, la donna gestante e almeno un richiedente devono avere 25 anni (Surrogacy Act 2008 (WA) s 17(a)(i), 19(1)(a)); in un'altra ancora la donna gestante, ma non i richiedenti, devono avere 25 anni al momento della stipula dell'accordo (Surrogacy Act 2010 (NSW) s 27).

⁹¹ Nella maggior parte delle giurisdizioni, il requisito del legame è la residenza: ad esempio, Parentage Act 2004 (ACT) s24I, Surrogacy Act 2022 (NT) s 33. Nel South Australia, almeno un richiedente deve essere domiciliato nello Stato e i richiedenti devono essere entrambi cittadini australiani o residenti permanenti: Surrogacy Act 2019(SA) s 10(4)(c), (d). Il momento in cui è richiesto il collegamento è diverso (al momento della domanda o al momento dell'accordo).

⁹² In tutti e sei gli Stati e nel Territorio del Nord, le parti devono aver ricevuto una consulenza e un parere legale prima di stipulare l'accordo: ad esempio, Surrogacy Act 2022 (NT) s. 20(1), 22(1); Surrogacy Act 2010 (Qld) s. 22(2)(e)(i) e (ii). Nell'ACT (Australian Capital Territory) è richiesta la consulenza, ma non l'assistenza legale, e la



Altri requisiti che vengono spesso richiesti, anche se non allo stesso modo nelle diverse giurisdizioni consistono, ad esempio: nel fatto che deve esserci una necessità medica, o sociale, per poter stipulare un accordo di maternità surrogata⁹³; l'accordo deve essere scritto⁹⁴; il minore deve vivere con i genitori d'intenzione⁹⁵; in due Stati, un'agenzia statale responsabile dell'approvazione dei trattamenti di riproduzione assistita deve aver approvato l'accordo prima del concepimento⁹⁶; la procedura deve essere stata eseguita all'interno della giurisdizione⁹⁷; almeno un genitore d'intenzione deve essere un genitore genetico⁹⁸; la donna gestante deve aver precedentemente dato alla luce un bambino⁹⁹; la donna gestante deve avere un legame con la giurisdizione¹⁰⁰; i genitori d'intenzione devono essere "idonei ad assumere il ruolo di genitore"¹⁰¹.

In Australia, non diversamente da quanto avviene nel Regno Unito, i divieti imposti dalle legislazioni nazionali risultano in molti casi aggirati attraverso il turismo procreativo e una loro concreta neutralizzazione al ritorno in forza del principio sempre più preponderante del miglior interesse del minore, che pone i giudici dinnanzi al c.d. "fatto compiuto". Dinnanzi al fatto compiuto, i tribunali ritengono quasi sempre che le circostanze in cui si trova il minore siano eccezionali e che dunque sia nel suo miglior interesse l'adozione di un parentage order¹⁰².

Per quanto riguarda i casi internazionali, la Full Court of the Family Court of Australia di fronte ad una giurisprudenza piuttosto controversa e creativa che si era creata sul punto attraverso l'uso di molteplici istituti propri del diritto di famiglia, ha sancito che le Corti non possono emanare dichiarazioni di genitorialità (declarations of parentage) a fronte di gpa commerciali. In alcuni casi, i tribunali hanno allora emesso ordini di adozione (adoption

legislazione non richiede esplicitamente che la consulenza sia stata ricevuta prima della stipula dell'accordo: Parentage Act 2004 (ACT) s 26(3)(e).

⁹³ Surrogacy Act 2019 (SA) s 10(4)(f); Surrogacy Act 2008 (WA) s 19(1)(b).

⁹⁴ Surrogacy Act 2022 (NT) s 14(1); Surrogacy Act 2010 (Qld) s 22(2)(d); Surrogacy Act 2019 (SA) s 10(5)(a).

⁹⁵ Surrogacy Act 2010 (NSW) s 32; Status of Children Act 1974 (Vic) s 22(1)(c). Nell'ACT, questo non è un requisito, ma il tribunale deve prendere in considerazione se il bambino vive con i richiedenti: Parentage Act 2004 (ACT) s 26(3)(a).

⁹⁶ Status of Children Act 1974 (Vic) s 22(1)(b) (si applica solo agli accordi "commissionati con l'assistenza di un fornitore registrato [di trattamenti di riproduzione assistita]"); Surrogacy Act 2008(WA) s 16(1).

⁹⁷ Parentage Act 2004 (ACT) s 24(a); Status of Children Act 1974 (Vic) s 20(1)(a).

⁹⁸ Parentage Act 2004 (ACT) s 24(b), (d).

⁹⁹ Surrogacy Act 2012 (Tas) s 16(2)(d); Surrogacy Act 2008 (WA) s 17(a)(ii).

¹⁰⁰ Surrogacy Act 2019 (SA) s 10(3)(c) (cittadino australiano o residente permanente); Surrogacy Act 2012 (Tas) s 16(2)(g) (residenza).

¹⁰¹ Surrogacy Act 2019 (SA) s 18(5)(b).

¹⁰² Cfr. BB v. DD: Re AA and the Surrogacy Act 2010 (NSW) (No. 2) [2015] NSWSC 1825; Surrogacy Application by a Couple from the United States of America [2017] NSWSC 1806; GP v. BP [2018] NSWSC 1887; RPR v. TMK [2021] QChC 4.



orders)¹⁰³, che consentono di riconoscere lo status di genitore committente quando l'altro genitore è riconosciuto come genitore legale del bambino (di solito sulla base di un legame genetico). Più frequentemente i genitori d'intenzione sono ricorsi, nei casi di gpa internazionale, al diverso strumento dei parenting orders, disciplinati dal diritto di famiglia a livello federale¹⁰⁴. I tribunali ritengono generalmente che sia nell'interesse del minore emettere parenting orders a favore dei genitori d'intenzione, nonostante il divieto di gpa commerciale in Australia, e lo hanno fatto in molti casi commerciali internazionali.

3.4. *L'eccezionalismo della normativa sulla gpa in Nuova Zelanda.*

Attualmente, in Nuova Zelanda gli accordi di gpa non sono illegali, ma non sono nemmeno coercibili in via giurisdizionale¹⁰⁵. È vietata la dazione o l'accordo per la dazione di corrispettivi economici per chi aderisce ad una gpa¹⁰⁶, anche se sono espressamente consentiti pagamenti a professionisti del settore medico, giuridico e in generale per consulenze¹⁰⁷. Le sanzioni penali previste per la gpa commerciale non sono applicabili a chi ha contratto un accordo di gpa al di fuori della Nuova Zelanda¹⁰⁸. È vietata la pubblicità in relazione ad accordi di gpa commerciale¹⁰⁹. La pena massima per questi reati è di un anno di reclusione, oppure una multa di 100.000 dollari, oppure ancora di entrambi congiuntamente¹¹⁰. Tuttavia, nonostante tali previsioni, i reati non sembrano essere perseguiti nella prassi quotidiana¹¹¹. In Nuova Zelanda, diverse operazioni relative alla riproduzione assistita devono essere preventivamente approvate da apposita autorità statale, il Comitato etico per la tecnologia riproduttiva assistita

¹⁰³ In *McQuinn & Shure*, due genitori d'intenzione del Queensland hanno ottenuto il permesso di adottare un bambino nato da un accordo di gpa altruistica in Alberta: [2011] FamCA 139. In *W: Re Adoption*, il tribunale del NSW ha emesso un'ordinanza di adozione per un minore nato da un accordo di gpa commerciale in California, dove i genitori d'intenzione vivevano all'epoca: (1998) 23 Fam LR 538 (NSW Supreme Court).

¹⁰⁴ Family Law Act 1975 (Cth) s 61D(1).

¹⁰⁵ Human Assisted Reproductive Technology Act 2004 (NZ) s 14(1).

¹⁰⁶ *Ibid.*, s 14(3).

¹⁰⁷ *Ibid.*, s 14(4).

¹⁰⁸ Re an application to adopt a child by SCR and MCR [2012] NZFC 5466, [59]; *Kennedy* [2014] NZFC 2526, [34].

¹⁰⁹ Human Assisted Reproductive Technology Act 2004 (NZ) s 16(1).

¹¹⁰ *Ibid.*, s 14(5), che si applica al reato di dazione o promessa di dazione di un corrispettivo economico per la partecipazione di una persona a un accordo di gpa. Pene minori si applicano ai reati di pubblicizzazione degli accordi (tre mesi di reclusione, o una multa di 2.500 dollari, o entrambi: s 15(3)) e al reato di esecuzione di una procedura di riproduzione assistita senza la preventiva approvazione dell'ECART (multa di 50.000 dollari: s 16(2)).

¹¹¹ NZ Law Commission, Report [8.4], [8.63].



(acronimo inglese ECART)¹¹². La procedura per l'approvazione deve essere seguita anche in caso di gpa tradizionale, altrimenti si commette un illecito penale¹¹³.

Tra i requisiti generali previsti dalle attuali Linee guida federali vi è la necessità che tutte le parti abbiano acconsentito alla procedura, che “la procedura sia la migliore o l'unica opportunità per i genitori d'intenzione di avere un figlio” e che ciascuna parte abbia ricevuto consulenza legale e medica¹¹⁴.

La Commissione giuridica neozelandese per la revisione della gpa ha riferito nel 2021 che le persone consultate avevano criticato il processo di autorizzazione in quanto costoso, lento, invasivo, privo di qualsiasi possibilità di appello contro la decisione e iniquo, in quanto inapplicabile agli accordi di gpa tradizionale¹¹⁵. Ciononostante, nel proprio rapporto finale, la Law Commission ha sancito che: “Il processo di approvazione da parte dell'ECART è corretto”, in quanto: “Rappresenta una tutela efficace e solida, che protegge i diritti e gli interessi della donna gestante, dei genitori d'intenzione e del bambino, e riduce il rischio di problemi che sorgono durante l'accordo”¹¹⁶. Ha dunque suggerito che il processo di approvazione da parte dell'ECART sia mantenuto¹¹⁷, nonché che le parti di accordi di gpa tradizionale siano incoraggiate a partecipare a tale procedimento¹¹⁸.

Tra i diversi ordinamenti esaminati, la Nuova Zelanda rappresenta un'eccezione per quanto riguarda il trasferimento della responsabilità genitoriale, in quanto non vi è alcuna disposizione normativa che la disciplini. Per questo si procede generalmente attraverso l'istituto dell'adozione. Occorre il consenso della donna gestante e del suo/la sua partner e questo non può essere prestato prima che il minore abbia compiuto 10 giorni¹¹⁹. In alcune circostanze, il tribunale può non richiedere il consenso¹²⁰. Il provvedimento di adozione può essere emanato se il giudice ritiene che i richiedenti siano “idonei e adatti” a prendersi cura del bambino e a crescerlo, e che l'adozione persegue il l'interesse del minore¹²¹. Prima di adottare il provvedimento, il tribunale deve ricevere una relazione dall'Oranga Tamariki, l'agenzia governativa per la protezione dei bambini¹²².

¹¹² Human Assisted Reproductive Technology Act 2004 (NZ) ss 5, 16.

¹¹³ *Ibid.*, s 29(1).

¹¹⁴ Advisory Committee on Assisted Reproductive Technology, Guidelines for family gamete donation, embryo donation, the use of donated eggs with donated sperm and clinic assisted surrogacy (Advisory Committee on Assisted Reproductive Technology 2020), disponibili online.

¹¹⁵ NZ Law Commission, Issues Paper, [5.29]–[5.47]. Si veda anche il NZ Law Commission, Report, [15].

¹¹⁶ NZ Law Commission, Report [14], capitolo 4.

¹¹⁷ *Ibid.*, 17, raccomandazione 2.

¹¹⁸ *Ibid.*, 17, raccomandazione 3, [4.68]–[4.71].

¹¹⁹ Adoption Act 1955 (NZ) s 7.

¹²⁰ *Ibid.*, s 8.

¹²¹ *Ibid.*, s 11(a) and (b).

¹²² *Ibid.*, s 10(1).



Per redigere la relazione, l'assistente sociale effettua controlli (certificato penale, cartelle cliniche e attitudini caratteriali) e intervista i genitori d'intenzione per valutarne l'idoneità. Vi sono molti casi in cui i tribunali neozelandesi hanno emesso ordinanze di adozione in relazione a bambini nati al di fuori della Nuova Zelanda sulla base di accordi di gpa commerciale¹²³. In alcuni casi internazionali, non è stato possibile stabilire l'esistenza del consenso della donna gestante all'adozione, ad esempio quando non è stato possibile rintracciarla, e il tribunale ha fatto a meno di tale requisito¹²⁴. I genitori d'intenzione possono in alternativa chiedere la custodia del minore, che conferisce loro tutti i doveri, i poteri, i diritti e le responsabilità che un genitore ha in relazione ad un bambino¹²⁵.

Tra le diverse giurisdizioni esaminate, quella neozelandese è quella meno sviluppata in relazione al riconoscimento dello status di genitore per i genitori d'intenzione nel caso di gpa, non avendo a tal proposito una specifica legislazione. Tuttavia, come notato, i tribunali sono generalmente disposti a emanare ordinanze di adozione nei casi di gpa, sia nazionale che internazionale, potendosi così ritenere che presentino un approccio sostanzialmente comprensivo e permissivo.

4. *Gli Stati Uniti e la gpa: dalla criminalizzazione alla liberalizzazione.*

Negli Stati Uniti si è assistito ad un processo opposto a quello continentale europeo. Si è infatti passati da una sostanziale criminalizzazione della gpa ad una sua liberalizzazione, che consente anche la sua variante c.d. commerciale. Negli Stati Uniti la legislazione sulla gpa è lasciata ai singoli Stati. Non sussistono previsioni federali sulla gpa.

Nella storia recente degli Stati Uniti, a metà degli anni '80 del secolo scorso, la Corte Suprema del New Jersey¹²⁶, per prima, dichiarò un contratto di gpa tradizionale contrario all'ordine pubblico e come tale non eseguibile. Nel caso concreto, un'agenzia specializzata aveva reclutato Mary Beth Whitehead, quale donna gestante. Costei stipulò apposito contratto con tale Richard Stern. Si trattava come anticipato di gpa tradizionale, pertanto la signora Whitehead, oltre ad essere gestante, era anche geneticamente madre del piccolo M. La controversia nacque in particolare quando la signora Whitehead si rifiutò, dopo la nascita, di consegnare il piccolo M. al signor Stern, il quale pertanto adì la giurisdizione in New Jersey per far adempiere il contratto di gpa stipulato. Giunta la questione alla Corte Suprema del New Jersey, ben 19 *amicus curiae* vennero depositati, essendosi nel frattempo acceso nella società un aspro dibattito sul tema, con una forte polarizzazione delle parti.

¹²³ Si vedano, ad es.: Re Chauvin-Baker [2021] NZFC 11710; Re Knight [2019] NZFC 2482.

¹²⁴ Re Knight [2019] NZFC 2482.

¹²⁵ Care of Children Act 2004 (NZ) s 15.

¹²⁶ *Matter of Baby M.* 109 N.J. 396, 419-421 (1988) (U.S.).



Ribaltando le decisioni delle Corti di grado inferiore, la Corte Suprema del New Jersey dichiarò l'invalidità del contratto di gpa concluso tra le parti, in quanto contrario all'ordine pubblico. Nonostante non vi fosse una norma che proibisse specificamente la gpa, la Suprema Corte, in particolare, rilevò che il contratto di gpa contrastasse con una serie di previsioni, tra cui: 1. La normativa che vietava lo scambio di denaro nelle adozioni; 2. Le disposizioni che richiedono una prova dell'inadeguatezza o dell'abbandono da parte dei genitori per poter procedere alla dichiarazione dello stato di adottabilità del minore; 3. Le norme che rendono revocabili la rinuncia all'affidamento e il consenso all'adozione.

La Suprema Corte del New Jersey in particolare argomentò che: *“Una madre surrogata non prende mai una decisione totalmente volontaria e informata, perché è chiaro che qualsiasi decisione assunta prima della nascita del bambino non è realmente informata, e qualsiasi decisione presa dopo (la nascita del minore) è condizionata da un impegno contrattuale preesistente, dalla minaccia dell'istaurazione di una causa legale e dalla condanna ad un pagamento di 10.000 dollari”*¹²⁷.

Qualche anno dopo questa decisione, lo Stato di New York passò una legge con la quale criminalizzava la gpa¹²⁸. Trent'anni dopo, lo Stato di New York ha ribaltato la propria precedente posizione, legalizzando anche la gpa c.d. commerciale¹²⁹.

Solo cinque anni dopo rispetto alla decisione della Corte Suprema del New Jersey, che in ogni caso ebbe un impatto mediatico fortissimo sull'opinione pubblica, nel 1993 la Corte Suprema della California raggiunse un risultato completamente opposto, ritenendo meritevole di adempimento un contratto di gpa c.d. commerciale. Il caso originava in particolare da un contratto di gpa concluso tra Anna Johnson e Mark e Crispina Calvert. Diversamente dal caso del New Jersey, tuttavia, l'embrione fecondato non era geneticamente riferibile alla signora Johnson, ma apparteneva ai Calvert. Sebbene si fosse impegnata a rinunciare alla responsabilità genitoriale, dopo la nascita e la consegna del minore ai Calvert, Johnson rivendicò la custodia del minore. Nel caso *Johnson v. Calvert*¹³⁰, la Corte Suprema della California affermò che la tesi secondo cui una donna non può accettare consapevolmente di portare avanti una gravidanza e far nascere un bambino per i genitori d'intenzione ha *le stesse sfumature del ragionamento che per secoli ha impedito alle donne di ottenere pari diritti economici e status professionale*¹³¹. Solo un anno dopo rispetto a tale decisione, tuttavia, la Corte d'Appello della California si pronunciò nel senso che gli accordi relativi alla gpa tradizionale non potevano essere adempiuti¹³².

¹²⁷ *Matter of Baby M.*, cit., 437.

¹²⁸ Surrogate Parenting Contracts Void, 1992 Sess. Law News of N.Y. Ch. 308 (S. 1906) s. 122 (U.S.).

¹²⁹ NY Family Court Act §§ 581-203, 581-406 (U.S.); N.J.S.A. 9:17-60, et seq. (U.S.).

¹³⁰ *Johnson v. Calvert* 5 Cal. 4th 84 (1993) (U.S.).

¹³¹ *Ibid.*, 98-9.

¹³² In *Re Marriage of Moschetta* 25 Cal. App. 4th 1218, 1221 (1994).



In prospettiva comparata, risulta particolarmente interessante, in questo senso, avere riguardo ad una tassonomia sviluppata dalla dottrina statunitense¹³³, che distingue il tipo di regolamentazione attualmente vigente negli Stati Uniti sulla gpa, classificando i cinquanta Stati in “verdi” (quarantadue stati)¹³⁴, “gialli” (cinque stati)¹³⁵ e “rossi” (tre stati)¹³⁶. In generale, è sempre possibile per una coppia che vive in uno stato in cui il ricorso alla gpa è limitato dalla legislazione nazionale ricorrere a tale pratica in un altro stato che invece la consente, rendendo così piuttosto inefficaci le normative “proibizioniste” (in ogni caso allo stato del tutto recessive nel panorama statunitense comparato). Inoltre, nei pochi stati che prevedono sanzioni, queste raramente vengono applicate, assumendo pertanto un ruolo più simbolico che reale.

Tra gli stati “verdi”, in dieci più il Distretto di Columbia la gpa è consentita, anche per le coppie omosessuali e i genitori d’intenzione ricevono elevati livelli di protezione giuridica. Inoltre, in questi stati la magistratura emana parental order prima della nascita del minore, consentendo così la registrazione dei genitori d’intenzione sul certificato di nascita. Negli altri trentuno stati è più difficile ottenere ordinanze prenatali e possono applicarsi restrizioni per le coppie same-sex.

Negli stati “gialli” non ci sono norme sulla gpa e di conseguenza la stessa viene praticata. In Virginia, in particolare, la gpa è legalizzata, ma è vietata quella commerciale. Sono ammesse le spese definite ragionevoli, legate alla vita e alla gestazione della donna gestante.

Tra gli stati “rossi”, che sono quelli maggiormente restrittivi, due proibiscono la gpa commerciale in modo esplicito e uno solo prevede sanzioni penali per la gpa tout court.

5. Alcune considerazioni a partire da una comparazione per differenza.

All’esito dell’iter comparativo qui svolto è possibile sviluppare alcune considerazioni di massima. La comparazione per differenza con le principali democrazie consolidate di *common law* pone in evidenza che ordinamenti, in cui l’approccio alla nozione di famiglia è più laico e meno ancorato ad una retorica tradizionalista, sono pervenuti ad elaborazioni normative

¹³³ S. KALANTRY, *Surrogacy in the United States of America: from prohibition to permission*, in K. Trimmings, S. Shakargy, C. Achmad (eds.), *Research Handbook on Surrogacy and the Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2024, 440-441.

¹³⁴ Alabama, Alaska, Arkansas, Florida, Georgia, Hawaii, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Massachusetts, Maryland, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, New York, North Carolina, North Dakota, New Mexico, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Texas, Utah, Wisconsin West Virginia.

¹³⁵ Idaho, Tennessee, Wyoming, Arizona, Indiana.

¹³⁶ Louisiana, Michigan, Nebraska.



diametralmente opposte a quella italiana e più in generale a quella europea continentale¹³⁷. Nonostante la presenza di una legislazione ad hoc, le corti nei sistemi di *common law* hanno adempiuto al compito di applicare in una realtà mutevole e alquanto variegata le disposizioni normative, in tal senso adattandole ai casi concreti. Ciò ha consentito grande flessibilità e soprattutto la soddisfazione del desiderio di genitorialità delle coppie infertili, ritenendo di fondo la gpa una tecnica volta proprio a superare le difficoltà biologiche che sempre più frequentemente affliggono la popolazione, senza mai trascurare la garanzia del best interest of the child. Allo stesso tempo, la creatività della giurisdizione ha spesso portato l'applicazione degli istituti al di là del perimetro tracciato dal legislatore, in tal senso strabordando, quantomeno in una prospettiva continentale, la separazione dei poteri, come ben risulta chiaro nel caso dei parental order adottati nel Regno Unito rispetto a gpa commerciali condotte all'estero.

Se negli Stati Uniti si è assistito ad un processo nettamente inverso rispetto a quello italiano, transitando da una sostanziale criminalizzazione alla piena liceità della gpa in tutte le sue sfumature, compresa dunque anche la variante c.d. commerciale, nelle recenti prospettive di riforma della gpa nella *common law*, gli ordinamenti presi in considerazione mirano tutti a rafforzare la disciplina, rendendola a tal fine sempre più accessibile per i consociati, che risultano protetti da numerose garanzie normative e giurisdizionali.

Quanto all'ordinamento italiano, la comparazione per differenza cerca proprio di mettere in luce l'approccio paternalistico della giurisprudenza e una politica pubblica sproporzionata, irragionevole e fortemente discriminatoria del legislatore, che legittimano una presunzione assoluta di incapacità della donna in relazione al governo del proprio corpo quando vengono in gioco le scelte procreative. La donna, soggetto debole ed incapace, anche quando libera dal bisogno economico e pienamente in grado di intendere e di volere, in quanto non sottoposta ad alcuna costrizione, non può fornire in alcun modo la prova che è capace di assumere scelte consapevoli in merito alla procreazione per altri. Tali argomentazioni contrastano profondamente col principio personalista e quello di eguaglianza, architravi del nostro ordinamento costituzionale, continuando a perpetrare una cultura patriarcale millenaria costruita su una dominazione pubblicistica del corpo femminile e una visione gravemente discriminatoria della capacità di autodeterminazione della donna, concepita quale essere inferiore e limitato rispetto ad un uomo pienamente padrone delle proprie facoltà decisionali.

Sebbene non prive di criticità, le legislazioni delle democrazie costituzionali di *common law* analizzate dimostrano che una regolamentazione della gpa, anche di quella commerciale, è possibile, senza per ciò solo scadere nello sfruttamento di donne oggettivamente in condizione di vulnerabilità sociale ed economica. La previsione di un'autorità pubblica posta a presidio dei diritti delle parti coinvolte, come nel caso della Nuova Zelanda, rappresenta indubbiamente un

¹³⁷ Sebbene come evidenziato tra i Paesi membri dell'UE ci siano grandi differenze di regolamentazione, al punto che alcuni Stati consentono la gpa altruistica, mentre altri la proibiscono.



istituto di garanzia ex ante che rafforza la liceità di pratiche condotte solo con il consenso libero ed informato della donna gestante. L'attenzione del giudice civile sul costituendo rapporto tra genitori d'intenzione e minore, con uno sguardo anche alla persona della donna gestante, lo rende, similmente a quanto accade rispetto a molte altre questioni delicate che sorgono nel diritto di famiglia, garante del miglior interesse del minore nato da gpa, in una prospettiva relazionale e non riduttivamente medico-terapeutica.

L'auspicio, dunque, è che l'Italia abbandoni presto la strada iper-repressiva e moralizzatrice intrapresa, la quale non fa altro che fomentare il ricorso alla clandestinità, ponendo in una situazione di pericolo tutte le parti coinvolte. Si tratta, infatti, di una scelta di politica del diritto che mina in radice le principali conquiste che l'ordinamento costituzionale italiano e più in generale la civiltà giuridica occidentale hanno raggiunto a partire dal Secondo Dopoguerra in tema di emancipazione e autodeterminazione femminile nello spazio pubblico e privato, rientrando a pieno titolo tra quelle azioni che in realtà contribuiscono al processo di erosione della democrazia costituzionale, che, come rammentato all'inizio del presente contributo, sempre più riguarda da vicino anche il continente europeo.