

The New Pathway: luci e ombre del progetto di riforma in materia di gestazione per altri nel Regno Unito

Marco Poli *

THE NEW PATHWAY: LIGHT AND SHADE IN THE PROPOSAL FOR THE UK SURROGACY LAW REFORM

ABSTRACT: This article considers the current legal regulation of surrogacy in the United Kingdom and examines the Law Commissions' provisional proposals for the reform of the law of surrogacy. Over the past years, Family courts case-law pointed out that the requirements to obtain parental orders are restrictive and outdated. Having identified gaps and inconsistencies in the present regulatory framework, the article considers the proposals formulated in the consultation paper on surrogacy reform, mainly focusing on the "new pathway". The provisional proposals appear to be aimed at better supporting the child, surrogates, and intended parents. However, this paper argues that some issues remains unresolved, such as the safeguard of new families and international surrogates.

KEYWORDS: Biolaw; surrogacy; reform; parenthood; best interests

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il dato normativo: il lento arrancare del diritto positivo – 3. *Parental orders* – 4. I mutamenti sociali: la necessità di una riforma – 4.1. Le nuove forme di famiglia – 4.2. La rottura degli accordi di GPA – 4.3. Il consenso della gestante – 4.4. Il limite temporale per proporre domanda di *p.o.* – 4.5. La GPA all'estero e sfruttamento – 5. *Building families through surrogacy*: la proposta di riforma – 5.1. Nuovi criteri per il riconoscimento della genitorialità giuridica: principi e opzioni di riforma – 5.2. *The new pathway* – 5.3. I pagamenti in favore delle gestanti: oltre le *expenses reasonably incurred* – 6. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

Il 6 giugno 2019 la *Law Commission* di Inghilterra e Galles e la *Scottish Law Commission* hanno pubblicato un documento consultivo congiunto (*consultation paper*)¹, riportante la proposta di riforma relativa alla disciplina della gestazione per altri (GPA) nel Regno Unito². Tale progetto fa

* Dottorando in Diritto, Persona e Mercato presso l'Università degli Studi di Torino. Mail: marco.poli@unito.it.

¹ Law Commission, Scottish Law Commission, *Building families through surrogacy: a new law. A joint consultation paper*, 2019. Il documento consultivo è reperibile a <https://www.lawcom.gov.uk/project/surrogacy/> e a <https://www.scotlawcom.gov.uk/law-reform/consultations>.

² Sebbene, alla fine degli anni Novanta, Galles, Scozia e Irlanda siano stati dotati di Assemblee competenti a disciplinare considerevoli aree di politica pubblica, la GPA resta materia attribuita a Westminster. Si noti infatti come, a fronte di un generale riconoscimento della competenza legislativa in materia di politiche sanitarie a tutte e tre le Assemblee, il potere di legiferare in materia di gestazione per altri (*surrogacy*) resti di competenza del Parlamento del Regno Unito. Cfr. *Schedule 5 dello Scotland Act 1998*; *Schedule 3 del Northern Ireland Act 1998*; *Schedule 7A del Government of Wales Act 1998*.

parte del XIII Programma di Riforma³, e affronta le problematiche relative alla contraddittorietà e alla desuetudine della disciplina attualmente in vigore, già evidenziate da dottrina e giurisprudenza⁴.

Questo contributo è strutturato in due parti. Nella prima, si ricostruirà innanzitutto l'evoluzione della normativa in materia, con un *focus sui parental orders* (che riconoscono la genitorialità *ipso iure* sul minore ai genitori intenzionali dopo la nascita del bambino, eliminando quella della gestante). Dopo una breve esposizione dei dati quantitativi relativi a tale fenomeno, si procederà quindi a individuare, tramite la giurisprudenza delle *Family Courts*, le lacune e le problematicità della disciplina oggi in vigore.

Nella seconda parte, poi, verranno presentate le proposte di riforma formulate nel *consultation paper*, prestando particolare attenzione all'individuazione dei criteri di determinazione della genitorialità giuridica e ai pagamenti in favore delle gestanti.

Alla luce delle problematiche evidenziate dalle corti, si guarderà alle soluzioni proposte, sollevando alcuni dubbi circa tematiche rimaste inascoltate, come la tutela delle nuove forme di famiglia e lo sfruttamento delle gestanti nelle GPA internazionali.

2. Il dato normativo: il lento arrancare del diritto positivo

Da quando, per la prima volta, nel 1976, una corte britannica ha deciso su un caso di GPA⁵, l'approccio a tale pratica è cambiato sensibilmente. Questo ha fatto sì che la normativa del Regno Unito «si sia sviluppata in modo incoerente e che, nel corso degli anni, i limitati interventi di riforma abbiano portato ad un quadro normativo contraddittorio e disorientante per tutti i soggetti coinvolti»⁶.

³ Le tappe del processo di riforma sono raccolte nel sito della *Law Commission*. Si veda: <https://www.lawcom.gov.uk/project/surrogacy/> (ultima consultazione 30/04/2020).

⁴ *Ultra* § 4.1. ss.

⁵ *A v C* [1985] FLR 445. Nel caso di specie, Miss C aveva accettato, dietro pagamento di £3.000, di farsi fecondare tramite fecondazione assistita con lo sperma di Mr A e, alla nascita, di consegnare il figlio al padre biologico e a sua moglie, Mrs B. La gestante, dopo il parto, ha però cambiato idea, rifiutandosi di rinunciare al bambino. A Mr A fu inizialmente riconosciuto diritto di visita, ma è stato poi escluso in appello. Proprio in sede di giudizio d'appello, l'accordo è stato descritto dal giudice Lord Ormrod come «totally inhuman proceeding» (*ivi*, 454) e «sordid commercial bargain» (*ivi*, 457). La gestazione per altri è stata però portata all'attenzione dell'opinione pubblica con il c.d. caso *Baby Cotton (Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy)* [1985] FLR 846). Il caso riguardava l'affidamento di un minore nato tramite GPA a seguito di un accordo tra genitori intenzionali e gestante, che è stata pagata £6.500.

⁶ A. ALGHRANI, D. GRIFFITHS, *The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform*, in *Child and Family Law Quarterly*, 29, 2, 2017, 166. Traduzione libera da «developed in a haphazard fashion and piecemeal changes made over the years have resulted in a regulatory framework that is contradictory and confusing for all involved».

Inizialmente, sulla base delle raccomandazioni formulate dal *Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*⁷, il *Surrogacy Agreement Act 1985*⁸ ha assunto un atteggiamento di chiusura, decretando che il coinvolgimento a scopo di lucro nell'avvio e nella negoziazione di accordi di GPA costituissero fattispecie di reato⁹.

Ad oggi, balza subito all'occhio come il dettato normativo omettesse di considerare la tutela del minore nato da tale pratica. Si è infatti dovuto attendere lo *Human Fertilization and Embryology Act 1990*¹⁰ per la formulazione di una disciplina sulla genitorialità relativa ai minori venuti al mondo tramite GPA. A tal fine, il legislatore ha introdotto lo strumento dei *parental orders*, che permettono di riconoscere la genitorialità giuridica ai genitori intenzionali, eliminando quella della gestante. I legittimati attivi erano solo coppie sposate, composte da un uomo e una donna maggiorenni, dei quali almeno uno con un legame genetico con il minore, residenti nel Regno Unito, nelle Isole del Canale o nell'Isola di Man. Successivamente, il legislatore è intervenuto ampliando il novero di soggetti legittimati attivi. Lo *Human and Fertilization and Embryology Act 2008*, infatti, ha esteso l'accesso al *parental order* ai *civil partners*¹¹ e a due persone unite stabilmente in una relazione di tipo familiare e non vincolate da rapporti a tal fine vietati dalla legge¹².

Il *Parental Order Regulation 1994*¹³, poi, ha fatto sì che il benessere dei minori fosse di primaria importanza (*first consideration*) per la corte. È con lo *Human Fertilization Embryology Act (Parental Orders) Regulations 2010*¹⁴, però, che il legislatore ha imposto ai giudici di riconoscere rilevanza fondamentale (*paramount consideration*)¹⁵ al benessere del minore nel decidere relativamente ai ricorsi per *parental order*. Attraverso l'esplicito rimando alla disciplina dettata nella *Section 1* dell'*Adoption Children Act*

⁷ M. WARNOCK, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Cmnd 9314, Londra, 1984. Il Comitato è stato istituito nel luglio del 1982, «[t]o consider recent and potential developments in medicine and science related to human fertilisation and embryology; to consider what policies and safeguards should be applied, including consideration of the social, ethical and legal implications of these developments; and to make recommendations» (ivi, 4).

⁸ Da qui in avanti, SAA1985. D.R.C. CHALMERS, *No Primrose Path: Surrogacy and the Role of the Criminal Law*, in *Medicine and Law*, 7, 1989, 595 ss.

⁹ S. 2 SAA1985.

¹⁰ Da qui in avanti, HFEA1990. J. MONTGOMERY, *Rights, Restraints and Pragmatism: The Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, in *Modern Law Review*, 54, 1991, 254 ss.

¹¹ Nel 2010 le *civil partnership* erano riservate alle sole coppie same-sex. In *R v. Secretary of State for International Development* tale previsione è stata dichiarata incompatibile con l'art. 14 ECHR (Supreme Court, [2018] UKSC 32). Ciò ha portato all'adozione del *The Civil Partnership (Opposite-sex Couples) Regulations 2019* che permette anche alle coppie composte da persone di sesso opposto di unirsi civilmente.

¹² S. 54 HFEA2008.

¹³ Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994.

¹⁴ B. HALE, *New families and the welfare of children*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 36, 1, 2014, 26 ss.

¹⁵ Sulla distinzione tra *first consideration* e *paramount consideration*, si rimanda alle considerazioni di S. CHOUDHRY, H. FENWICK, *Taking the rights of parents and children seriously: Confronting the welfare principle under the Human Rights Act*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005, 453 ss; J. FORTIN, *Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era*, in *Modern Law Review*, 69, 2006, 299 ss; J. HERRING, *The Human Rights Act and the welfare principle in family law – conflicting or complementary?*, in *Child and Family Law Quarterly*, 11, 1999, 223 ss. Interessante il confronto con quanto espresso da Lord McDermott in *J v. C* [1970] AC 668, 710-11.

2002, con ciò non ci si riferisce soltanto all'impatto che quell'*order* avrà sull'infanzia del minore, ma anche sulla sua formazione come individuo, in una prospettiva a lungo termine¹⁶.

Infine, il 3 gennaio 2019, è entrato in vigore lo *Human Fertilization Embriology Act (Remedial) Order 2018*. La *ratio* di questa norma è quella di emendare lo *HFEA2008*, così da eliminare l'incompatibilità della s. 54 con gli artt. 8 e 14 CEDU riscontrata dalla *High Court* nel caso *Z (A Child) (n. 2)*¹⁷. Nello specifico, la disciplina in vigore prima di questo intervento normativo è stata ritenuta discriminatoria nei confronti delle persone *single*, fino a quel momento impossibilitate ad agire in giudizio per veder riconosciuta la loro genitorialità su minori nati tramite GPA¹⁸. L'*Order 2018* ha quindi affiancato alla già esistente s. 54, ora titolata «*parental orders: due ricorrenti*»¹⁹, la s. 54A «*parental orders: un ricorrente*»²⁰, relativa ai soggetti *single*.

Tali riforme sono state oggetto di profonde critiche, in quanto ritenute inadeguate a riformare la disciplina della GPA: si tratterebbe di meri emendamenti di un sistema che tuttora si erige su principi desueti, cristallizzati nei SAA1985 e HFEA 2008²¹.

3. Parental orders

I *parental orders (p.o.)*, quindi, rappresentano uno strumento centrale nella regolazione dei rapporti giuridico-familiari che si vengono ad intrecciare a seguito di una gestazione per altri. Per ottenere una pronuncia di questo tipo, i genitori intenzionali dovranno integrare i requisiti previsti alle ss. 54 e 54A *HFEA 2008* e seguire la procedura *ex Part 13* del *Family Procedure Rules 2010*²².

Ad oggi, nello specifico, sono legittimati a richiedere un *parental order* i *single* e le coppie sposate, unite civilmente o conviventi *more uxorio*. Almeno uno dei ricorrenti dovrà presentare un legame genetico con la persona di età minore nata tramite GPA. Al momento del deposito della domanda, quest'ultima deve essere affidata alle cure dei genitori intenzionali che devono risiedere nel Regno Unito, nelle Isole del Canale o nell'Isola di Man.

La richiesta di *parental order* deve essere presentata entro sei mesi dalla nascita e i genitori *ipso iure* (la gestante e l'eventuale partner) dovranno aver prestato consenso all'*order*. Infine, quale ulteriore requisito, è previsto che la gestante non possa ottenere denaro per un ammontare eccedente rispetto a quanto necessario a rimborsare le spese ragionevolmente sopportate dalla stessa nel corso della gravidanza (*reasonable expenses*).

¹⁶ Cfr. K. MCK NORRIE, *English and Scottish adoption orders and British parental orders after surrogacy: welfare, competence and judicial legislation*, in *Child and Family Law Quarterly*, 29, 1, 2017, 93 ss.

¹⁷ High Court of Justice, *Z (A Child) (No 2)* [2016] EWHC 1191 (Fam).

¹⁸ Si ricorda infatti che lo *HFEA2008*, anche dopo l'intervento normativo del 2010, permetteva solo alle coppie di richiedere un *parental order*.

¹⁹ Nella formulazione originale: «parental orders: two applicants».

²⁰ Nella formulazione originale: «parental orders: one applicant».

²¹ Così, K. HORSEY, S. SHELDON, *Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy*, in *Medical Law Review*, 20, 2012, 67-89.

²² La *Part 13* è titolata *Proceedings Under Section 54 Of The Human Fertilisation And Embryology Act 2008*.

È chiaro quindi che, affinché i genitori intenzionali possano essere identificati *ipso iure* quali genitori del minore nato tramite GPA, è fondamentale la concessione di un *p.o.* A tal proposito, quindi, si possono isolare due macro-scenari.

Nel primo, il *parental order* non è stato concesso. In tale ipotesi, la gestante sarà, nei confronti del nato, madre giuridica e titolare della responsabilità genitoriale²³. Qualora la madre sia sposata o unita civilmente, anche alla persona con cui condivide la vita sarà riconosciuto lo *status* di genitore giuridico, a prescindere dalla sussistenza di legami genetici. In particolare, se la donna è moglie o *civil partner* di un uomo, quest'ultimo sarà il padre del nato²⁴; nel caso di matrimonio o *civil partnership* con una donna, a quest'ultima verrà riconosciuto lo *status* di genitore *ipso iure* (*legal parent*)²⁵ e non di madre²⁶. Nell'ipotesi in cui la madre non sia sposata o unita civilmente, la legge riconosce la paternità giuridica del padre intenzionale che abbia un legame biologico con il figlio²⁷. Affinché allo stesso venga attribuita anche la responsabilità genitoriale²⁸ nei confronti del minore, dovranno essere rispettati i requisiti dettati dalla *sec. 4 del Children Act 1989*.

Nel secondo scenario, invece, i genitori intenzionali hanno richiesto e ottenuto un *parental order*. In tale ipotesi, la coppia committente si vedrà riconosciuta la genitorialità giuridica e la titolarità della responsabilità genitoriale sulla persona minore nata tramite GPA, estinguendo così lo *status* di madre della gestante²⁹. Ciò comporta l'instaurazione *ipso iure* di un legame di filiazione che permette al minore e ai genitori intenzionali di avere la certezza dei propri rapporti giuridici, anche nel lungo termine. Chi decidesse di non richiedere – o si trovasse nell'impossibilità di richiedere – una pronuncia di questo tipo, invece, potrebbe prendersi cura del minore, ma solo relativamente alla gestione delle esigenze imposte dai bisogni di tutti i giorni. Qualora un *p.o.* non fosse stato concesso, infatti, i genitori intenzionali non potrebbero agire per conto del minore (per esempio richiedere il rilascio del passaporto valido per l'espatrio), né il figlio *de facto* potrebbe succedere *mortis causa*.

In quest'ottica, i *parental orders* assumono, nell'ordinamento britannico, la valenza di «*transformative orders*»³⁰, capaci di garantire rappresentazione e tutela alla genitorialità dei genitori intenzionali instaurata a seguito di una GPA.

4. I mutamenti sociali: la necessità di una riforma

A più di dieci anni dall'adozione dello HFEA 2008, le Commissioni di Riforma hanno ritenuto di intervenire, mosse dalla necessità di garantire l'efficacia degli strumenti predisposti dal legislatore, alla luce

²³ S. 33 HFEA 2008.

²⁴ S. 35 HFEA 2008.

²⁵ Ss. 42 e 44 HFEA 2008.

²⁶ Madre è solo colei che partorisce. S. 33 (1) HFEA 2008. Già in *Amphill Peerage Case [1977] AC 547, 577*.

²⁷ Ss. 36-38 HFEA 2008.

²⁸ La s. 3 del *Children Act 1989* definisce la responsabilità genitoriale come «all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent has in relation to the child and administration of his/her property».

²⁹ S. 54 HFEA 2008. L'effetto *trasformativo* (cfr. *ultra nota* 30) non si limita al solo *status* giuridico, ma anche ad una dimensione più intima, legata all'identità stessa del/della minore.

³⁰ Lord Justice Munby attribuisce ai *p.o.* un *transformative effect* in High Court (Family Division), *A&B (No. 2 – Parental Order)*, [2015] EWHC 2080 (Fam), § 44. Con tale espressione si enfatizza la capacità di tali *order* di incidere – modificandola – sull'identità stessa della persona di età minore.

del mutare del contesto sociale contemporaneo e dell'atteggiamento – anche giudiziario – nei confronti di tale pratica.

Non sono molti i dati ufficiali reperibili in materia, capaci di fornire un riscontro affidabile delle dinamiche relative alla gestazione per altri. In questo, però, vengono in aiuto le statistiche riguardanti i *parental orders*, dalle quali è possibile dedurre un generale aumento del numero di cittadini del Regno Unito ricorsi a tale pratica. Tra il 1995 e il 2011, infatti, il numero di *parental orders* concessi è quasi triplicato: si è passati da 52 casi nel 1995, a 149 nel 2011³¹.

Relativamente a Inghilterra e Galles, nel periodo 2011 – 2019³², si è registrato un aumento percentuale pari al 256,2%, superiore quindi rispetto a quello di cui sopra (del 186,5%). Più nello specifico, nel 2011, i *parental orders* concessi sono stati 121, a fronte dei 431 del 2019³³. Sebbene si faccia riferimento a realtà numericamente più contenute, anche le corti scozzesi³⁴ e nord-irlandesi³⁵ hanno, negli anni, concesso sempre più *parental orders*.

Alcune autrici e taluni autori hanno evidenziato che i report relativi ai *p.o.* non sarebbero un indicatore affidabile dell'andamento della GPA nel Regno Unito³⁶. L'assenza di una prescrizione normativa che imponga a genitori intenzionali e gestanti di ricorrere a tale istituto, da una parte, e l'assenza di legittimazione attiva *ex lege* per alcuni soggetti a richiedere questo tipo di pronuncia, dall'altra, impedirebbero infatti di avere un riscontro attendibile. È innegabile che l'assenza di dati impedisca di conoscere l'effettiva entità del fenomeno. Tale incertezza è però da circoscrivere, a parere di chi scrive, al

³¹ M. CRAWSHAW, E. BLYTH, O. AKKER, *The changing profile of surrogacy in the UK – Implications for national and international policy and practice*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 34, 3, 2012, 269 (Table 1. Parental Orders Registered 1995 – 2011).

³² Ministry of Justice, *Family Court Statistics Quarterly: October to December 2019*, 2020. Reperibile al link: <https://www.gov.uk/government/statistics/family-court-statistics-quarterly-october-to-december-2019> (ultima consultazione 30/04/2020).

³³ Ministry of Justice, *op. cit.*, *Family Court Tables*, Table 4. Si fa qui riferimento sia ai *parental order* concessi in occasione di dispute tra soli soggetti privati (*private law*) che quelli che hanno implicato un coinvolgimento delle autorità pubbliche (*public law*).

³⁴ National Records of Scotland, *Vital Events Reference Table 2018*, 2019. Si veda in particolare *Section 2: Adoptions and re-registrations*, alla *Tabella 2.03*. Reperibile al link: <https://bit.ly/2CijCMr> (ultima consultazione 30/04/2020). La concessione di *parental orders* in Scozia ha registrato un incremento negli anni, sebbene con alcune oscillazioni. Confrontando il dato relativo al 2011 con quello del 2018 (l'ultimo disponibile), infatti, parrebbe che il numero di *order* sia rimasto costante nel periodo considerato, visto che in entrambi gli anni le corti hanno concesso 15 *p.o.* Il 2011, però, ha registrato un picco eccezionale, rispetto a quanto registrato negli anni immediatamente precedenti e successivi. Un dato paragonabile si è verificato nuovamente solo nel 2016, con 18 *p.o.* (che rappresentano il dato più alto finora rilevato).

³⁵ Il *consultation paper* riporta che, in base ai dati rilasciati dalla *Northern Ireland Guardian Ad Litem Agency*, tra aprile 2017 e marzo 2018 le corti irlandesi hanno concesso 5 *p.o.* Law Commission, Scottish Law Commission, *Building families through surrogacy: a new law. A joint consultation paper*, 2019, §1.2.

³⁶ Capita infatti che il minore nato tramite GPA venga cresciuto, senza alcun riconoscimento formale, dai genitori intenzionali, sebbene la gestante sia ancora l'unico genitore. Così K. HORSEY *et alt.*, *Surrogacy in the UK: Myth Busting and Reform* a cura del *Surrogacy Law Working Group on Surrogacy Law Reform*, 2015, 14. Reperibile al link: https://www.familylaw.co.uk/docs/pdf-files/Surrogacy_in_the_UK_report.pdf (ultima consultazione 30/04/2020). Cfr. O. BOWCOTT, *Unregistered surrogate-born children creating 'legal timebomb', judge warns*, in *theguardian.com*, 18/05/15 (ultimo accesso 30/04/2020).

quantum e non all'*an*: sebbene scuramente sottostimato, l'incremento di GPA nel Regno Unito è evidente, al punto che tale pratica ha ormai assunto un ruolo rilevante nello scenario riproduttivo collettivo³⁷.

Oltre alla dimensione meramente quantitativa, anche i dati relativi alle gestanti e ai genitori intenzionali sono oggetto di dibattito. Informazioni quali stato civile, nazionalità e condizione socio-economica possono essere ricavate da alcune fonti, quali i fascicoli relativi alle istanze di *parental orders*, ma, ad oggi, sono stati oggetto di un numero limitato di studi socio-giuridici³⁸.

Per quanto attiene questo scritto, per meglio comprendere come la GPA sia stata – o non sia stata – regolamentata, si farà riferimento al lavoro svolto dalle *Family Courts*. Saranno oggetto di analisi giuridica, in particolare, le decisioni relative allo *status filiationis* dei minori nati tramite accordi che «non solo non hanno integrato i requisiti previsti *ex lege*, ma che, in alcuni casi, hanno palesemente violato quanto previsto nel dettato normativo»³⁹. Nelle prossime pagine si prenderanno in considerazione cinque ambiti in cui la normativa attualmente in vigore si è dimostrata incapace di stare al passo con le recenti evoluzioni socio-culturali, scontrandosi con principi generali dell'ordinamento e, in particolare, con il *welfare principle*⁴⁰.

4.1. Le nuove forme di famiglia

Lo HFEA 2008, alla s. 54, prevede che coloro che richiedono un *parental order* debbano essere marito e moglie, *civil partners* o conviventi *more uxorio*. La disciplina in analisi quindi, nonostante l'apertura alle coppie *same-sex* e ai conviventi, manifesta una predilezione per un modello genitoriale plasmato sulla famiglia matrimoniale o, *rectius*, sulla *famiglia sessuale*⁴¹.

³⁷ In tema di rappresentazione nei media, cfr. L. LE VAY, *Surrogacy and the Reproduction of Normative Family on Tv*, Londra, 2019. La gestazione per altri è ormai entrata nella narrazione televisiva, con serie Tv come *Friends* (NBC-1994/2004) o *The New Normal* (NBC-2012). Sempre più personaggi dello spettacolo ricorrono alla GPA per avere figli, basti pensare a Elton John, Kim Kardashian e Tom Daley.

³⁸ In tal senso, si rimanda a K. HORSEY *et alt.*, *Surrogacy in the UK: Further evidence for reform*, a cura del Surrogacy Law Working Group on Surrogacy Law Reform, 2018. Reperibile al link: <https://surrogacyuk.org/wp-content/uploads/2018/12/Surrogacy-in-the-UK-2nd-Report-20181230.pdf> (ultima consultazione 30/04/2020). In particolare, sul punto, §3.1 "What the surrogates said" (pp. 32 ss) e §3.2 "What the IPs said" (pp.36 ss).

³⁹ C. FENTON-GLYNN, *The Difficulty of Enforcing Surrogacy Regulations*, in *Cambridge Law Journal*, 74, 2015, 34. Liberamente tradotto da: «in which the statutory requirements have not only not been met, but in some cases flagrantly breached»

⁴⁰ Il *welfare principle* rappresenta la pietra angolare del diritto minorile nel Regno Unito. Il *Children Act 1989*, s. 1(1), infatti, stabilisce che le corti debbano decidere delle questioni inerenti ai minori tenendo in *paramount consideration* il «child's welfare» (il benessere del minore). Sebbene il legislatore non ne abbia fornito una definizione, il *Children Act 1989*, s. 1(3) contiene un elenco (non tassativo) dei fattori da tenere in considerazione con riguardo alle persone di età minore. Sul punto, J. HERRING, *Family Law*, London, 2017, 455 ss.

Cfr. con le problematiche relative alla normativa sulla GPA individuate dalla Commissione nelle prima fasi del progetto di riforma. Law Commission, *Surrogacy laws set for reform as Law Commissions get Government backing*, in *lawcom.gov.uk*, 04/05/2018. Reperibile al link: <https://www.lawcom.gov.uk/surrogacy-laws-set-for-reform-as-law-commissions-get-government-backing/> (ultima consultazione 30/04/2020).

⁴¹ Traduzione letterale dell'espressione *sexual family*, coniata e usata da Martha Albertson Fineman per indicare una «prevalent conception of the family as an institution of horizontal intimacy, based on the romantic sexual affiliation between a man and a woman. The idealized "nuclear family" is a sexual family and its dominance in social and legal thought has restricted real reform and doomed us to recreate patriarchy». Così M. ALBERTSON

In apparente contrasto con quanto appena affermato, nel 2019, è entrato in vigore il *Remedial Order* 2018, che ha concesso anche ai genitori *single* la possibilità di richiedere un *parental order*. Cosa succede, però, quando gli adulti coinvolti nella crescita del minore sono più di due? Oppure, cosa accadrebbe nel caso in cui i soggetti che svolgono un ruolo genitoriale fossero due, ma abitassero in case diverse?

Entrambi gli scenari presentati si scostano dal modello predominante di famiglia sessuale. Il primo tiene conto del fatto che «la GPA potrebbe coinvolgere più di due persone intenzionate ad avanzare [*ipso iure*] istanze di genitorialità»⁴². Alcuni sostengono che la genitorialità condivisa tra tre (o più) persone sarebbe in grado di meglio adattarsi ai bisogni di un minore nato tramite GPA⁴³. Ciò che è sicuro è che staccarsi dal modello duale della famiglia sessuale permetterebbe il riconoscimento di un più ampio spettro di realtà familiari, altrimenti lasciate ai margini del diritto. In questo senso, sarebbe possibile riconoscere dignità giuridica, ad esempio, ad una situazione in cui oltre ai genitori intenzionali, anche la gestante intenda ricoprire un ruolo genitoriale; allo stesso modo, ciò si applicherebbe anche all'ipotesi di una persona minore concepita e cresciuta da due *same-sex couples*, una composta da due uomini e una da due donne⁴⁴.

Il secondo scenario sopra menzionato, invece, si scosta dal modello della famiglia sessuale in ragione del rapporto tra gli adulti coinvolti. Questo potrebbe essere, ad esempio, il caso di coppia felicemente sposata, ma non convivente. In *X (A Child: foreign surrogacy)*⁴⁵, la *High Court* si è pronunciata proprio sulla possibilità di riconoscere un *parental order* ad un marito e una moglie che risiedevano in abitazioni separate, in quanto coinvolti in una relazione platonica⁴⁶. La *subsection 4* della s. 54 prevede che al momento della richiesta e della concessione di un *p.o.*, il minore debba abitare con i genitori intenzionali⁴⁷. Sebbene, nel caso di specie, i genitori vivessero separatamente, l'istruttoria ha dimostrato come il minore avesse familiarità con entrambe le abitazioni, e fosse affidato alle cure dei soli richiedenti. In tal senso, quindi, la Corte ha affermato che «in circostanze come queste [cioè in caso di

FINEMAN, *The Neutered Mother*, in *University of Miami Law Review*, 1992, 46, 663. Qui, deve intendersi nella più ampia sfumatura di connessione romantica e sessuale tra partner (e non solo tra uomo e donna). Cfr. J. MCCANDLESSN, S. SHELDONNN, *The Human Fertilisation and Embryology Act (2008) and the Tenacity of the Sexual Family Form*, in *The Modern Law Review*, 73, 2, 2010, 175 ss.

⁴² A. ALGHRANI, D. GRIFFITHS, *The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform*, in *Child and Family Law Quarterly*, 29, 2017, 165 ss. Tradotto liberamente da «surrogacy potentially involves more than two people with a claim to parenthood».

⁴³ L. BRACKEN, *Challenging normative constructions of parentage in Ireland*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 39, 2017, 316 ss.; R. F. KANDEL, *Which Came First: The Mother or the Egg – A Kinship Solution to Gestational Surrogacy*, in *Rutgers Law Review*, 47, 1994, 165.

⁴⁴ N. SPANJER, *These Five People Are Going to Have a Baby Together*, in *Vice.com*, 2015, al link: https://www.vice.com/en_us/article/ppxajb/a-child-in-the-netherlands-is-going-to-have-five-parents-876; E. MASCHKE, *Lucas, un enfant, quatre parents*, Germania, 2014, 53 min, reperibile anche in *youtube.com*, al link: <https://www.youtube.com/watch?v=ysxMpzipwFY> (ultima consultazione 30/04/2020).

⁴⁵ High Court of Justice, *X (A Child: foreign surrogacy)*, [2018] EWFC 15

⁴⁶ *Ibid.*, §6. «The applicants were indeed, and remain, married to each other. Their relationship is deep and of long-standing. But, one of them is, as the other has always known, gay, and their relationship and marriage is thus [...] platonic and not romantic»

⁴⁷ «At the time of the application and making of the order, [...] the child home must be with the applicants».

famiglia multiresidenziale], la *casa* del minore è *con* i ricorrenti»⁴⁸, e non *il luogo* di residenza comune ai genitori. Nel concedere il *parental order*, quindi, la *High Court*, nell'interesse preminente del minore, ha interpretato estensivamente il requisito di coabitazione, ritenuto troppo stringente.

4.2. La rottura degli accordi di GPA

Il *Surrogacy Agreement Act 1985* e le altre fonti normative sopra indicate regolano alcune dinamiche relative alla gestazione per altri. In particolare, ai sensi della *s. 1(A) SAA1985*, gli accordi privati (*surrogacy agreement*) con cui i genitori intenzionali e le gestanti hanno inteso regolare il rapporto tra loro e con il nascituro sono *ipso iure* non vincolanti⁴⁹. Ciò comporta che, anche qualora le parti abbiano sottoscritto un accordo, i genitori committenti non potranno chiamare in causa – facendo valere responsabilità contrattuale – la gestante che si rifiuti di consegnare loro il nato; allo stesso modo, la donna che ha partorito non potrà adire il giudice per ottenere il denaro pattuito nel *surrogacy agreement*.

Come è facile intuire, tale scelta di politica normativa ha portato, nel tempo, all'insorgere di contenzioso privato, costringendo le corti ad operare un bilanciamento complesso e quanto mai necessario tra le diverse istanze in gioco, non ultime, quelle del minore.

A tal proposito, ad esempio, in *H (A Child: Surrogacy Breakdown)*⁵⁰, una coppia di uomini aveva stipulato un accordo di gestazione per altri con una donna e suo marito. A seguito dell'impianto nella gestante dell'embrione (ottenuto dai gameti di uno dei padri intenzionali e una donatrice anonima), è cominciata la gravidanza. Prima della nascita, però, la gestante e suo marito hanno deciso di sottrarsi a quanto pattuito nell'accordo, tanto da rendersi irrimediabili e, solo dopo il parto, comunicare di voler tenere il bambino. Nel caso di specie, la gestante e suo marito erano i genitori *ipso iure* del minore. Poiché il *surrogacy agreement* non è vincolante, il padre biologico e il suo compagno sarebbero giuridicamente estranei per il nato, ma nel corso del procedimento è stata loro riconosciuta la possibilità di esercitare responsabilità genitoriale.

La *Court of Appeal*, chiamata a pronunciarsi sul caso, non potendo procedere con un *p.o.*⁵¹, ha – nell'interesse preminente del minore – riconosciuto ai genitori intenzionali piena responsabilità genitoriale. Non è stato intaccato invece lo *status filiationis*, mantenendo quindi la maternità giuridica della gestante. Nel fare ciò, si è profilato l'intento programmatico di concedere alle coppie coinvolte la possibilità di trovare un piano genitoriale comune, sempre nell'interesse del minore. La Corte non ha però mancato di sottolineare come «ciò rappresenti soltanto un altro esempio delle conseguenze causate da un quadro normativo scarsamente supportato e regolamentato, incapace di far fronte a siffatti accordi»⁵².

⁴⁸ *X (A Child: foreign surrogacy)*. Liberamente tradotto da «in the circumstances of this case, the child's "home" was "with" the applicants».

⁴⁹ SAA1985, s. 1A: *No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it*. Sul punto M. BRAZIER, E. CAVE, *Medicine, patients and the law*, Manchester, 2016, 395.

⁵⁰ Court of Appeal, *H (A Child: Surrogacy Breakdown)*, [2017] EWCA Civ 1798.

⁵¹ Mancava, infatti, il consenso della madre. V. §3.3.

⁵² *H (A Child: Surrogacy Breakdown)*, § 28. Liberamente tradotto da «this is another example of the consequences of not having a properly supported and regulated framework to underpin arrangements of this kind».

Parte della dottrina ha quindi sollevato dei dubbi circa la rispondenza di tale impostazione, rispetto all'interesse del minore alla certezza dei propri rapporti familiari. A tal proposito, alcuni studiosi e studiose hanno avanzato la proposta di un nuovo quadro normativo, fondato sul *child's welfare as the paramount consideration*, che permetta l'espletamento delle procedure previste *ex lege* già prima del concepimento (*pre-conception regulatory scheme*)⁵³. Questa impostazione muove dalla consapevolezza dell'impatto della disciplina dello HFEA 2008 e, in particolare, la s. 54, sull'«identità stessa della persona minore in quanto essere umano: chi è e chi sono i suoi genitori. Si tratta di un aspetto centrale della sua esistenza, sia come individuo che come membro di un gruppo familiare»⁵⁴.

Anticipando il *p.o.* ad un momento precedente alla nascita, si propone quindi di eliminare quel *limbo giuridico* in cui i bambini, ai sensi della disciplina attualmente in vigore, si ritrovano fino alla pronuncia del giudice⁵⁵.

4.3. Il consenso della gestante

La *Section 54* HFEA 2008 prevede che la richiesta di *p.o.* possa essere depositata solo nel caso in cui la gestante accetti liberamente e con piena consapevolezza di procedere in tal senso, senza imporre condizioni⁵⁶. Tale consenso, per essere considerato valido, dovrà essere prestato almeno sei settimane dopo il parto⁵⁷ (*c.d. cooling-off period*). È possibile derogare a tale requisito solo nel caso in cui la gestante non sia reperibile o sia impossibilitata a esprimere il consenso⁵⁸.

Cosa accadrà, però, qualora la gestante non intenda più procedere? Vi sono casi in cui la donna ritira il proprio consenso, mossa dalla volontà di crescere il figlio che ha partorito. In situazioni di questo tipo, i giudici, non potendo risolvere la controversia relativa alla genitorialità basandosi sul dato contrattuale, ricorrono al parametro dell'interesse del minore. In *Z (Surrogacy Agreements: Child Arrangement Orders)*, ad esempio, il giudice rileva che il minore «ha vissuto con [la gestante] e ha stretto con questa legami affettivi, in qualità di suo genitore gestazionale e *de facto*; la donna lo ha accudito con amore, gentilezza e attenzione ed è indubbio che i due siano molto affezionati l'uno all'altra»⁵⁹.

Il giudice, quindi, nell'interesse del minore, ha riconosciuto l'affidamento alla gestante, ritenendo che «la stessa si sarebbe rivolta ad entrambi i ricorrenti con atteggiamento generoso e di apertura e che

⁵³ Così, A. ALGHRANI, D. GRIFFITHS, M. BRAZIER, *Surrogacy Law: From Piecemeal Tweaks to Sustained Review and Reform*, in A. DIDUCK, N. PELEG, H. REECE (a cura di), *Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy – Essays in Honour of Michael Freeman*, Leida, 2014, 442 ss.

⁵⁴ High Court of Justice, *X (A Child) (Surrogacy: Time limit)*, [2014] EWHC 3135 (Fam), §54. Liberamente tradotto da «identity of the child as a human being: who he is and who his parents are. It is central to his being, whether as an individual or as a member of his family»

⁵⁵ M. ELSWORTH, N. GAMBLE, *Are contracts and pre-birth orders the way forward for UK surrogacy?*, in *International Family Law*, 2, 2015, 157-61.

⁵⁶ S. 54 (6).

⁵⁷ S. 54 (7) «Subsection (6) does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement; and the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child's birth».

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ High Court of Justice, *Z (Surrogacy Agreements: Child Arrangement Orders)*, [2016] EWFC 34, §114. Liberamente tradotto da: «has lived with [the surrogate] and has a bond with her as his *de facto* and gestational parent; she has provided him with loving, gentle and careful care and they are undoubtedly strongly attached to one and other»

avrebbe permesso [al minore] di coltivare un buon rapporto con [i genitori intenzionali] e i suoi fratelli, oltre a consentirgli di sviluppare maggiore consapevolezza circa la sua identità»⁶⁰.

Altri casi, come *AB (Surrogacy: Consent)*⁶¹, rendono evidenti alcune problematiche relative a questo requisito. Nel caso di specie, ritenendo che i genitori intenzionali non si fossero dimostrati sufficientemente empatici e partecipi durante la gravidanza, la gestante aveva deciso di opporsi al *p.o.* Lei ed il marito non desideravano però ricoprire alcun ruolo nella crescita e nell'educazione dei minori, quindi si erano detti disponibili ad acconsentire a che i committenti adottassero i bambini⁶².

«Senza il consenso della gestante, il procedimento di *p.o.* è destinato ad interrompersi, con grande sofferenza dei ricorrenti. Ciò comporta, da una parte, che i minori saranno lasciati in un limbo giuridico; dall'altra, che, contrariamente a quanto stabilito dalle parti nell'accordo, i convenuti resteranno *ipso iure* genitori del minore, anche qualora manchino legami genetici e gli stessi abbiano esplicitamente manifestato la volontà di non essere coinvolti nella vita del nato»⁶³.

La *High Court*, nell'intento di tutelare il minore, non ha avuto altra scelta, se non quella di sospendere *sine die*⁶⁴ la decisione relativa al *p.o.* richiesto dalla coppia di genitori intenzionali. Così agendo, si è impedito che sul punto si formasse giudicato, permettendo, qualora la gestante – in futuro – decidesse di acconsentirvi, la riproposizione della domanda di *parental order*.

Potrebbe quindi verificarsi il caso in cui il rifiuto non sia volto a tutelare l'interesse del minore o l'autodeterminazione della gestante, ma sia piuttosto dovuto a screzi tra i soggetti adulti coinvolti. Anche nelle ipotesi in cui la concessione di un *p.o.* costituisca un mero strumento di ritorsione, il dato normativo non concede alcun margine di apprezzamento all'autorità giudiziaria, che non può far altro che rilevare l'oggettiva presenza o assenza di consenso.

«La corte non può far altro se non sperare che [la gestante] possa, in futuro, riscoprire la motivazione che originariamente l'ha indotta ad assumere un ruolo così altruista e a vedere tale vicenda dal punto di vista dei minori. Nell'ottica di tutelare il benessere emotivo e psicologico dei bambini coinvolti, i

⁶⁰ *Ibid.*, §117. Liberamente tradotto da: «she is the parent who is much more likely and able to be able to treat both the applicants in an open and generous way and to enable [the child] to develop a good relationship with [the intended parents] and his siblings and so to allow him to develop a wider and a more positive sense of his own identity».

⁶¹ High Court of Justice, *AB (Surrogacy: Consent)*, [2016] EWHC 2643 Fam.

⁶² Vi sono varie ragioni per cui i *p.o.* sono preferibili alle adozioni. Non solo la procedura per ottenere un *p.o.* è più snella e veloce, ma è anche l'unica in grado di garantire il riconoscimento del minore quale figlio naturale dei genitori intenzionali. Imporre ai genitori intenzionali di adottare il minore nato tramite GPA porta in alcuni casi a situazioni paradossali: colui che ha fornito il proprio sperma per il concepimento, ad esempio, sarebbe tenuto ad adottare un minore che *ipso iure* è già suo figlio. Cfr. High Court, *A and B (Children) (Surrogacy: Parental Orders: Time Limits)* [2015] EWHC 911 (Fam), § 61.

⁶³ *AB (Surrogacy: Consent)*, §9. Liberamente tradotto da «Without the respondent's consent the application for a parental order comes to a juddering halt, to the very great distress of the applicants. The result is that these children are left in a legal limbo, where, contrary to what was agreed by the parties at the time of the arrangement, the respondents will remain their legal parents even though they are not biologically related to them and they expressly wish to play no part in the children's lives».

⁶⁴ Consapevole dei rischi insiti nella traduzione giuridica, si è qui deciso di ricorrere a tale dicitura (al posto dell'originale *adjourn generally, with liberty to restore*) nel tentativo di meglio illustrare il dispositivo della decisione in analisi.

parental orders sono gli unici strumenti giuridici capaci di rappresentare accuratamente e correttamente l'identità della persona minore nata tramite GPA»⁶⁵.

4.4. Il limite temporale per proporre domanda di *p.o.*

La s. 54(3) HFEA 2008 impone che «i ricorrenti debbano presentare istanza per ottenere l'*order* entro sei mesi dalla nascita del minore»⁶⁶. Fino al 2014, non vi sono stati dubbi interpretativi circa la portata del limite temporale di sei mesi entro cui è possibile proporre domanda di *p.o.* In *JP v. LP (Surrogacy Arrangement: Wardship)*⁶⁷, ad esempio, si legge che «non esiste, nel dettato normativo, alcuna disposizione che apra ad un'estensione discrezionale del limite di tempo; nessuno, poi, potrebbe sostenere che il giudice, in virtù della sua *inherent jurisdiction* o altrimenti, possa, o debba, aggirare una disposizione di legge inderogabile»⁶⁸.

In *X (A Child) (Surrogacy: Time limit)*⁶⁹, invece, la High Court ha affermato che i giudici devono vagliare le domande tardive che verranno loro formulate, tenendo in debita considerazione che la decisione dovrà essere finalizzata a realizzare l'interesse preminente del minore. La *Section 54*, infatti, «incide sugli aspetti cardine dello *status*, fino a trascenderlo, toccando così l'identità più intima del minore in quanto essere umano: chi è lui e chi sono i suoi genitori»⁷⁰.

Pertanto, viste le inevitabili ripercussioni sulle vite dei soggetti coinvolti, con un *transformative judgment*, si è ritenuto che il limite di sei mesi non possa essere considerato perentorio: «non è sensato pensare che la s. 54(3) sia stata strutturata in modo tale da escludere la ricevibilità di un ricorso qualora presentato in ritardo, anche di un solo giorno. È l'esatto opposto di sensato, è addirittura paradossale»⁷¹.

Questa sentenza ha portato alla luce l'ennesima fragilità della disciplina ad oggi in vigore in materia di GPA. Il requisito in analisi non è infatti in grado di garantire adeguata tutela all'interesse preminente del minore. «Proprio per questa ragione emerge l'urgenza di riformare la disciplina in materia di GPA, sia a livello nazionale che internazionale. Finché ciò non accadrà, le corti continueranno a non avere

⁶⁵ *AB (Surrogacy: Consent)*, §32. Liberamente tradotto da: «The court can only express the hope that [the surrogate] will be able to rediscover what led her to undertake such a selfless role and see the situation from the viewpoint of these young children. From the perspective of these children's lifelong emotional and psychological welfare, parental orders are the only orders that accurately and properly reflect the children's identity as surrogate born children».

⁶⁶ Liberamente tradotto da: «the applicants must apply for the order during the period of 6 months beginning with the day on which the child is born».

⁶⁷ High Court of Justice, *JP v. LP (Surrogacy Arrangement: Wardship)*, [2014] EWHC 595 (Fam).

⁶⁸ *Ibid.*, §29. Liberamente tradotto da: «there is no provision within the Act to provide for a discretionary extension to the statutory time limit and no one sought to argue that the court could, or should, whether by means of the use of its inherent jurisdiction or otherwise, seek to circumnavigate the mandatory provisions of the statute»

⁶⁹ *X (A Child) (Surrogacy: Time limit)*. Il caso di specie riguarda la richiesta di un *p.o.* relativamente ad un minore nato tramite GPA in India e rientrato nel Regno Unito dopo sei mesi dalla nascita. I genitori intenzionali hanno dichiarato di non aver presentato richiesta di *p.o.* in precedenza perché all'oscuro del termine previsto *ex lege*.

⁷⁰ *Ibid.*, §54. Liberamente tradotto da: «goes to the most fundamental aspects of status and, transcending even status, to the very identity of the child as human being: who he is and who his parents are».

⁷¹ *Ibid.*, §55. Liberamente tradotto da: «to construe section 54(3) as barring forever an application made just one day late is not, in my judgment, sensible. It is the very antithesis of sensible; it is almost nonsensical».

altra scelta se non quella di forzare, manipolare o addirittura disapplicare il diritto positivo per riuscire a garantire adeguata tutela alle persone di età minore»⁷².

4.5. La GPA all'estero e sfruttamento

Come si è già avuto modo di vedere, lo SAA 1985 prevede che negoziare un accordo di GPA economica, cioè volta a garantire un profitto alla gestante, costituisca fattispecie di reato. Coerentemente con tale impostazione, la s. 54(8) HFEA 2008 impone che per poter pronunciare il *p.o.*, il giudice debba accertare che la gestante non abbia ricevuto denaro o altri beni *quale corrispettivo* per aver aderito all'accordo di GPA, portato a termine la gravidanza, acconsentito al *p.o.* o affidato il minore alle cure dei genitori intenzionali.

Il fatto che trarre profitto da una GPA sia penalmente sanzionato, però, non esclude che la gestante possa ricevere denaro o beni, ma solo che «le parti coinvolte non potranno dare o ricevere denaro o altre forme di profitto (fatta eccezione per il mero rimborso delle spese ragionevolmente sopportate)»⁷³. Da uno studio condotto da Cafcass⁷⁴ è emerso infatti che, in 73 dei 79 casi di GPA analizzati, i genitori intenzionali hanno affrontato una spesa media pari a £ 15'961,66⁷⁵.

La netta divisione tra le categorie della GPA *altruistica* e GPA *economica*, appare quindi evidentemente più sfumata nella pratica: la difficile individuazione di quali siano le *spese ragionevolmente sopportate* (*expenses reasonably incurred*) durante la gravidanza rende ambiguo il parametro *ex s. 54(8)* e impatta inevitabilmente sulla certezza del diritto.

Il significato di *expenses reasonably incurred*, infatti, non è chiarito dal dettato normativo. Il *Brazier Report*⁷⁶, invitando a una definizione *ex lege* della portata di tale dicitura, si è espresso affermando che «sebbene alla gestante non sia permesso arricchirsi per il fatto di aver aderito ad un accordo di GPA, non ci si può certo aspettare che questa debba affrontare dei costi per portare avanti la gravidanza»⁷⁷. Nel silenzio del legislatore, tale impostazione è stata fatta propria dalle corti che, negli anni successivi, hanno dovuto pronunciarsi sul tema. In *A, B and C (UK surrogacy expenses)*⁷⁸, ad esempio, la *High Court* ha riconosciuto il pagamento di una vacanza a favore della gestante quale *expense reasonably incurred*.

⁷² C. FENTON-GLYNN, *The Difficulty of Enforcing Surrogacy Regulations*, in *Cambridge Law Journal*, 74, 1, 2015, 37. Liberamente tradotto da: «For this reason, there is an urgent need to review the regulation of surrogacy, both in this country, and internationally. Until this occurs, the courts will continue to have little choice but to stretch, manipulate, or even disregard the statutory wording in order to achieve justice for the child».

⁷³ S. 54(8) HFEA 2008. Liberamente tradotto da: «no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by either of the applicants»

⁷⁴ CAF/CASS, *Study of Parental Order Applications made in 2013/14*, 2015, Reperibile al link: <https://www.cafcass.gov.uk/download/3848/> (ultima consultazione 30/04/2020).

⁷⁵ *Ibid.*, 22. La spesa cui si fa riferimento riguarda gli esborsi effettuati a favore della gestante e/o delle agenzie. Ci si aspetta quindi che le spese effettivamente affrontate dai genitori intenzionali siano più alte, in quanto non tengono conto dei pagamenti alle cliniche e dei costi di viaggio (per le GPA internazionali).

⁷⁶ M. BRAZIER, A. CAMPBELL, S. GOLOMBOK, *Surrogacy: Review for health ministers of current arrangements for payments and regulation - Report of the review team*, Department of Health and Social Care, 1998.

⁷⁷ *Ibid.*, §5.24. Liberamente tradotto da «whereas a surrogate mother should not gain financially from entering into a surrogacy arrangement, neither should she be expected to incur any costs as a result of a surrogate pregnancy».

⁷⁸ High Court of Justice, *A, B and C (UK surrogacy expenses)*, [2016] EWFC 33.

«È del tutto ragionevole che le spese affrontate per il recupero psico-fisico – necessario in seguito alla gravidanza e al parto – siano rimborsate alle gestanti per altri»⁷⁹.

Nello scenario di insicurezza causata dalla disciplina ora in vigore, molti soggetti sono ricorsi ad accordi di GPA all'estero, sollevando così il dubbio circa il possibile sfruttamento delle gestanti.

In *WT (A Child)*⁸⁰, la Corte ha sottolineato la necessità di analizzare se l'esborso affrontato dei genitori intenzionati a favore della gestante in occasione di una GPA internazionale fosse proporzionato rispetto alle spese che ragionevolmente si devono affrontare nel corso di una gravidanza. Nello specifico si è valutato se la somma versata fosse talmente alta da poter essere considerata il corrispettivo per l'acquisto del minore. «Il principio sotteso alla s. 54(8), che le corti devono rispettare, prevede che autorizzare un pagamento tanto ingente da costituire il corrispettivo per l'acquisto di un bambino straniero sia contrario all'ordine pubblico»⁸¹.

Tale principio, però, cede di fronte a quello del benessere del bambino: «a causa delle modifiche introdotte dallo *Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010*, la decisione relativa all'autorizzazione retroattiva del pagamento, incidendo sull'adozione o meno di un *p.o.*, deve essere presa accordando rilevanza centrale all'interesse della persona di età minore»⁸².

In questi casi quindi la corte decide sulle sorti del rapporto tra genitori intenzionali e minore a fronte di una situazione familiare di fatto già instaurata. Poiché l'autorizzazione retroattiva del pagamento già avvenuto impatterà inevitabilmente sul benessere della persona di età minore, «le corti negheranno un *order* solo nei casi in cui sia evidente il contrasto con l'ordine pubblico; in tutti gli altri casi il benessere della persona minore ne legittimerà l'adozione»⁸³.

Poiché, nel bilanciamento delle istanze ora indicate, il benessere del minore ha maggior peso rispetto alle considerazioni di ordine pubblico (*paramount consideration*), sarà possibile, nella pratica, negare un *p.o.*?

In *X & Y (Foreign Surrogacy)*⁸⁴, l'accordo tra una coppia britannica e una donna ucraina prevedeva il pagamento di €235 al mese durante la gravidanza e la cifra forfettaria di €25.000 alla nascita dei minori. La somma di denaro totale, risultata sufficiente a versare il deposito per l'acquisto di un appartamento, superava – in modo lapalissiano – l'ammontare delle spese affrontate nel corso della gravidanza. Nonostante ciò, la *High Court* ha concesso il *p.o.*, visto che il principio del benessere del minore costituisce *paramount consideration*.

⁷⁹ *Ibid.*, §17. Liberamente tradotto da: «It is entirely reasonable for any surrogate to receive payment for expenses incurred as a result from the need for physical and emotional recuperation from pregnancy and birth».

⁸⁰ High Court of Justice, *WT (A Child)*, [2014] EWHC 1303 (Fam).

⁸¹ *Ibid.*, §35(2). Liberamente tradotto da: «The principles underpinning section 54 (8), which must be respected by the court, is that it is contrary to public policy to sanction excessive payments that effectively amount to buying children from overseas»

⁸² *Ibid.*, §35(3). Liberamente tradotto da: «as a result of the changes brought about by the Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010, the decision whether to authorise payments retrospectively is a decision relating to a parental order and in making that decision, the court must regard the child's welfare as the paramount consideration»

⁸³ *Ibid.*, §35(4). Così già in High Court of Justice, *L (A Minor)* [2010] EWHC 3146 (Fam), §10. Liberamente tradotto da «it will only be in the clearest case of the abuse of public policy that the court will be able to withhold an order if otherwise welfare considerations support its making».

⁸⁴ High Court of Justice, *X & Y (Foreign Surrogacy)*, [2008] EWHC 3030 (Fam).

«È praticamente impossibile immaginare uno scenario in cui il diniego di un *p.o.* non comprometta gravemente il benessere di una persona di età minore, soprattutto se straniera»⁸⁵.

5. *Building families through surrogacy*: la proposta di riforma⁸⁶

Il 6 giugno 2019 la *Law Commission* di Inghilterra e Galles e la *Scottish Law Commission* hanno depositato un documento consultivo congiunto sulla proposta di riforma relativa alla disciplina della gestazione per altri nel Regno Unito. Il periodo di consultazione si è concluso 11 ottobre 2019 e alla luce delle risposte ricevute, le Commissioni formuleranno le raccomandazioni finali da sottoporre al Governo. La relazione conclusiva è attesa per l'inizio del 2022.

Le principali questioni affrontate dal documento consultivo riguardano l'individuazione di criteri di determinazione della genitorialità giuridica che permettano di bilanciare gli interessi dei genitori intenzionali, delle gestanti per altri e dei minori e i pagamenti in favore delle gestanti.

5.1. Nuovi criteri per il riconoscimento della genitorialità giuridica: principi e opzioni di riforma

Come si è avuto modo di vedere, la disciplina attualmente in vigore prevede che, al momento della nascita della persona di età minore, i suoi genitori siano la gestante e l'eventuale partner. Solo dopo il parto, infatti, i genitori intenzionali sono legittimati richiedere un *parental order*, che verrà loro concesso qualora sussistano i requisiti previsti alle s. 54 e s. 54A HFEA 2008.

Dopo l'introduzione del *welfare principle*, però, le corti si sono dovute cimentare nell'ardua impresa di applicare l'articolata disciplina in vigore, nonostante le evidenti contraddizioni interne. Anche il *consultation paper* pone l'accento sull'incapacità di tali prerequisiti di garantire adeguata tutela al benessere dei minori coinvolti, sottolineando come «la questione della tutela del benessere della persona di età minore sia la più importante tra quelle sollevate dalla GPA»⁸⁷.

Uno dei problemi affrontati, a tal proposito, è quello di garantire al minore la certezza dei propri legami familiari. Le Commissioni hanno ritenuto che riconoscere la genitorialità giuridica dei genitori intenzionali già alla nascita del bambino sia conforme al *welfare principle*, in quanto permetterebbe di eliminare lo scollamento tra genitorialità socio-psicologica⁸⁸ e genitorialità giuridica. Muoversi in questa direzione, implica necessariamente il riconoscimento di una maggiore rilevanza alla volontà (*intention*)

⁸⁵ *Ibid.*, §24. Liberamente tradotto da «[I]t is almost impossible to imagine a set of circumstances in which by the time the case comes to court, the welfare of any child (particularly a foreign child) would not be gravely compromised (at the very least) by a refusal to make an order».

⁸⁶ Nei sottoparagrafi seguenti, quando non specificato, le citazioni sono da attribuirsi a Law Commission, Scottish Law Commission, *Building families through surrogacy: a new law. A joint consultation paper*, 2019.

⁸⁷ §7.65. Liberamente tradotto da «of the arguments around the surrogate [...], the most important, to our mind, must be that of the child's welfare».

⁸⁸ Le Commissioni definiscono *social and psychological parenthood* «the relationship which develops through the child demanding and the parent providing for the child's needs, initially at the most basic level of feeding, nurturing, comforting and loving, and later at the more sophisticated level of guiding, socialising, educating and protecting» (§7.13). A. BAINHAM, *Parentage, Parenthood and Parental Responsibility*, in A. BAINHAM, S. DAY SCLATER, M. RICHARDS (a cura di), *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*, Oxford – Portland Oregon, 1999, 27.

degli adulti coinvolti, ma, contrariamente a quanto ipotizzato da certa dottrina⁸⁹, non determina, nel progetto sottoposto a *consultation*, l'adesione ad un modello contrattualistico.

«Comprendiamo la difficoltà di conciliare una concezione contrattualistica di genitorialità con la preminenza dell'interesse del minore, ma il *new pathway* non ha natura contrattuale e non si fonda sull'esecutività degli accordi di GPA. Al contrario, si propone di garantire il riconoscimento della genitorialità dei genitori intenzionali già alla nascita *ipso iure* (anziché per previsione contrattuale); ciò, comunque, avverrà solo nel caso in cui la gestante non abbia cambiato idea anche dopo la nascita del minore»⁹⁰.

Per questo motivo, il progetto di riforma esclude che il trasferimento della genitorialità possa essere affidato alla sola discrezionalità dei privati. Rendere vincolante, prima della nascita del minore, un accordo di GPA, infatti, spoglierebbe la gestante del diritto di decidere del proprio corpo. La donna sarebbe vincolata a portare a termine la gravidanza e, una volta partorito, a consegnare il bambino ai genitori intenzionali. «È essenziale che il diritto rispetti l'autonomia delle gestanti in relazione al loro corpo. Dopo la nascita, l'interesse permanente del minore assumerà rilevanza preponderante; prima di quel momento, però, l'autonomia della gestante in relazione al proprio corpo sarà di primaria importanza»⁹¹.

Allo stesso modo, le Commissioni escludono che, alla nascita del minore, i genitori intenzionali possano essere riconosciuti genitori giuridici del nato *assieme* alla gestante (e all'eventuale partner). La scelta di non aderire al modello multigenitoriale è dovuta alla convinzione che questo non sia adatto a far fronte alle necessità dei soggetti coinvolti in una GPA⁹² e al gravame, considerato eccessivo, che un tale cambiamento imporrebbe nella gestione dei registri dello stato civile⁹³.

«Riteniamo che la questione relativa alla possibilità per un minore di avere più di due genitori debba essere affrontata prescindendo dal mero ambito della GPA. Così facendo sarà possibile garantire ai casi di co-genitorialità di tre o quattro persone una adeguata rappresentazione giuridica»⁹⁴.

⁸⁹ Così, J. DOLGIN, *Defining the Family: Law, Technology, and Reproduction*, New York – Londra, 1997, 213. *Contra*, A. ALGHRANI, D. GRIFFITHS, *op. cit.*

⁹⁰ §7.80. Liberamente tradotto da «We accept that it is hard to reconcile a contractual model of parenthood with the focus being on the child's welfare but the new pathway that we propose does not depend on a contract at all or the enforceability of a surrogacy agreement. Instead, it recognises intent by making it possible for the intended parents to acquire legal parenthood at birth, by operation of the law (rather than a contract), but only in conditions where the surrogate continues to share that intention when the child is born».

⁹¹ §7.82. Liberamente tradotto da «We consider it essential that the law respects the surrogate's bodily autonomy. After the birth of the child, the child's best interests should be paramount; before that time the surrogate's bodily autonomy should take precedence».

⁹² §7.88: «What we hear from intended parents and surrogates alike is that the shared intention is for the intended parents to be the legal parents of the child at birth, and for the surrogate not to be a legal parent at birth, and that, because most arrangements are not problematic, this intention continues to be shared after the child is born».

⁹³ §7.89. «a three-parent model would be likely to necessitate far-reaching changes to the birth registration system, creating practical difficulties for those who administer the register, like the General Register Office and National Records of Scotland».

⁹⁴ §7.90. Liberamente tradotto da «We think that there could be much merit outside surrogacy arrangements in further exploring the possibility of permitting a child to have more than two legal parents. That would enable the legal position to reflect reality where there is genuine co-parenting of a child by three or four people».

5.2. The new pathway

Il *consultation paper* opta quindi per una terza via, delineando un nuovo procedimento per il riconoscimento della genitorialità. Il c.d. *new pathway*⁹⁵ si affiancherebbe alla disciplina oggi in vigore, concedendo ai genitori intenzionali che abbiano sottoscritto con la gestante un accordo di GPA un'alternativa rispetto alla procedura *post partum*: vedersi riconosciuta la genitorialità giuridica nei confronti del minore già alla nascita dello stesso. Così procedendo, non sarebbe necessario richiedere un *p.o.* e il minore verrebbe al mondo con una situazione giuridico-familiare già definita.

Tale nuova procedura, per garantire adeguata tutela ai soggetti coinvolti, individua specifici requisiti di idoneità⁹⁶ e garanzie procedurali⁹⁷, rispetto a quelli *ex s. 54 HFEA 2008*.

Quanto ai primi, è previsto che la GPA debba avvenire nel Regno Unito, così da garantire alle autorità un maggiore controllo sul rispetto dei requisiti disposti *ex lege*. Vista la rilevanza centrale accordata al *surrogacy agreement* nel *new pathway*, le gestanti si dovranno sottoporre ad uno *screening* sanitario e tutti i soggetti coinvolti dovranno essere informati delle implicazioni giuridiche della procedura, oltre ad essere sottoposti ad un percorso di *implication counselling*⁹⁸.

Relativamente agli aspetti giuridici, le Commissioni ritengono che «visto che gli accordi di gestazione per altri rappresentano una delle tappe fondamentali per il riconoscimento della genitorialità dei genitori intenzionali, le parti coinvolte dovrebbero ricevere un'adeguata consulenza giuridica in relazione alla stesura dell'accordo stesso e sarà compito del loro avvocato suggerire, nella fase di contrattazione, le adeguate modifiche alla bozza, tenendo in considerazione le specifiche esigenze e gli interessi delle parti coinvolte»⁹⁹.

L'*implication counselling*, invece, è volta a creare consapevolezza circa gli aspetti inerenti alla dimensione umana. A tal proposito, è fondamentale che tutti i soggetti coinvolti siano a conoscenza dei rischi fisici e psichici ricollegabili ad una GPA, comprendano il possibile impatto emotivo dell'accordo, della sua messa in atto e della sua eventuale rottura¹⁰⁰.

È altresì prevista la necessità di effettuare una valutazione preventiva rispetto al benessere del nascituro. Lo HFEA 1990 già prevede che non si possa procedere ad una GPA, «a meno che non si sia tenuto

⁹⁵ Chapter 8.

⁹⁶ Chapter 12.

⁹⁷ Chapter 13.

⁹⁸ Cfr. *ultra*.

⁹⁹ §13.53. Liberamente tradotto da «because the surrogacy agreement is one of the steps towards the attribution of legal parenthood to the intended parents, [...] [parties involved should] receive legal advice about the drafting of the agreement and for their lawyer to suggest any changes to that drafting, bearing in mind that party's particular needs and interests».

¹⁰⁰ §13.19. «*Implications counselling* is counselling about entering into, and receiving treatment for, a surrogacy arrangement. It is not the same as counselling for therapeutic purposes, where the emphasis would be on providing therapeutic support to clients to deal with, for example, a history of loss and distress around infertility. It is also not an assessment of fitness to parent. Counselling should also cover the welfare of the child to be born» (enfasi aggiunte).

conto del benessere del nascituro (inclusa la necessità dello stesso di avere genitori presenti), e di ogni altro minore che potrebbe essere impattato da questa nascita»¹⁰¹.

Sul punto, è stato formulato un quesito¹⁰² circa la possibilità di affidare, nel *new pathway*, ad una *surrogacy organization* o clinica il compito di vigilare sulla tutela del benessere del minore. Nello specifico, si è ipotizzato di introdurre, quale requisito per formalizzare l'accordo, il deposito di una copia del certificato del casellario giudiziale. «Tale requisito si propone, quale obiettivo principale, di proteggere i minori nati tramite GPA, evitando, ad esempio, che persone condannate per abuso sessuale su minori possano, tramite la GPA, diventare genitori»¹⁰³.

Le Commissioni aprono infine alla possibilità di far venir meno il requisito del legame genetico tra il minore e almeno uno dei genitori intenzionali, ma ciò soltanto in caso di infertilità¹⁰⁴.

Per ciò che attiene la procedura *ad hoc*, invece, è anzitutto prevista la stipula di un accordo¹⁰⁵, tra genitori intenzionali e gestante¹⁰⁶. Tale scrittura privata dovrà contenere¹⁰⁷ le generalità delle parti, l'indicazione del materiale genetico utilizzato ai fini della fecondazione e l'indicazione del rispetto dei requisiti di idoneità sopra indicati. Dovrà inoltre essere esplicitamente riportato che, alla nascita del minore, i genitori intenzionali saranno registrati nell'atto di nascita quali genitori; la gestante ed, eventualmente, la persona con cui è sposata, unita civilmente o convivente *more uxorio*, non avranno invece alcun legame giuridico con il nato.

È comunque esplicitamente riconosciuta alla sola gestante la possibilità di opporsi al riconoscimento della genitorialità dei genitori intenzionali, anche dopo la nascita. Nello specifico, tale dissenso dovrà essere manifestato in un intervallo di tempo non superiore a tre settimane dopo la nascita del minore¹⁰⁸. L'individuazione di un intervallo di tempo inferiore rispetto a quello di sei settimane individuato dalla procedura *ex s. 54 HFEA 2008* è dovuta alla convinzione che, grazie ai requisiti di idoneità, la gestante abbia aderito al percorso di GPA con piena consapevolezza delle implicazioni giuridiche e psicologiche¹⁰⁹.

Qualora, nei termini, i genitori intenzionali non siano in grado di provare il consenso della gestante o la stessa gestante non si sia espressa, è possibile ricorrere al procedimento ora in vigore per ottenere un *parental order*¹¹⁰.

¹⁰¹ HFEA 1990, § 13(5). Liberamente tradotto da «unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for supportive parenting), and of any other child who may be affected by the birth».

¹⁰² Consultation Question 14.

¹⁰³ §13.66. Liberamente tradotto da «The purpose of this requirement is largely to protect surrogate-born children, for example, to prevent persons convicted of child sex abuse from becoming parents through surrogacy».

¹⁰⁴ §12.58 ss.

¹⁰⁵ §8.7.

¹⁰⁶ §8.9. La persona con cui la gestante è sposata, unita civilmente o convivente *more uxorio* non è parte dell'accordo. «We think that the decision to be a surrogate is one for the woman concerned, and that she should not have to seek the consent of her spouse or partner. We are concerned that requiring anyone other than the surrogate to be a party to the arrangement sends an unwelcome message about a woman's bodily autonomy».

¹⁰⁷ §8.8.

¹⁰⁸ §8.27.

¹⁰⁹ §8.26 ss.

¹¹⁰ §8.34.

Nel *new pathway*, a meno che la gestante non si opponga al riconoscimento, quindi, i genitori intenzionali saranno, al momento della nascita, i genitori *ipso iure* della persona minore nata tramite GPA. L'eventuale rinuncia da parte dei genitori intenzionali a riconoscere la propria genitorialità sarà, invece, priva di effetti giuridici. Nel caso in cui la coppia committente non voglia o non sia più in grado di accudire il minore, sarà comunque tenuta a provvedere alla tutela del bambino.

5.3. I pagamenti in favore delle gestanti: oltre le *expenses reasonably incurred*

Le Commissioni hanno infine affrontato la questione relativa a quali pagamenti i genitori intenzionali siano autorizzati ad effettuare a favore della gestante. Dopo aver analizzato le criticità evidenziate dalle corti negli ultimi anni, non hanno però formulato un parere su quali pagamenti ritenere ammissibili. Hanno invece individuato otto possibili voci di spesa, e in relazione a queste chiedono, tramite il documento consultivo, di esprimere quali debbano essere autorizzate e come far rispettare i limiti delineati. L'intento è qui quello di individuare quali pagamenti possano essere fatti rientrare legittimamente in un accordo di GPA: le parti saranno comunque libere, caso per caso, di decidere quali voci inserire nel loro *surrogacy agreement*.

Le prime tre categorie riguardano spese che la gestante affronterà nel corso della gravidanza. Le Commissioni si interrogano anzitutto sulle modalità di pagamento, rimettendo alla consultazione la decisione se sia preferibile il versamento di una cifra forfettaria stabilita *ex ante* al momento della sottoscrizione dell'accordo o il rimborso di quanto effettivamente pagato dalla gestante.

La prima voce analizzata è quella attinente alle *spese indispensabili relative alla gravidanza*¹¹¹ che ricomprende i costi che la gestante *dovrà* necessariamente sopportare a causa della gestazione (*unavoidable purchases because of pregnancy*). Tale categoria risponde all'esigenza di garantire che la GPA non impatti sulle finanze proprie della gestante ed è pensata per essere meno ampia e ambigua rispetto a quella delle *expenses reasonably incurred*. Le *spese indispensabili* possono sorgere prima, durante e dopo la gravidanza. Vi rientrano le cure per la fertilità, vestiario *pré-maman*, integratori alimentari e supporto psico-fisico *post-partum*; ne sono invece esclusi il pagamento di collaboratori domestici o di attività ricreative per riprendersi dopo il parto (es. vacanze).

La seconda categoria è quella delle *spese aggiuntive relative alla gravidanza*¹¹² e riguarda gli esborsi affrontati dalla gestante a causa della gravidanza, ma che non possono essere considerati *indispensabili*. Sebbene questi costi non siano fondamentali, le Commissioni riconoscono che possano aiutare a meglio affrontare la gestazione. A titolo esemplificativo, rientrano tra le *spese aggiuntive* quanto dovuto ai collaboratori domestici e alle tate, così come l'importo della corsa in taxi per raggiungere l'ambulatorio medico o l'abbonamento al corso di ginnastica prenatale.

La terza voce riguarda le spese affrontate in relazione all'accordo di GPA e al fatto di aver affrontato una gravidanza a favore di altri. Le *spese associate all'accordo di GPA e alla gravidanza*¹¹³ si distinguono dalle altre proprio perché dovute al fatto che la gestazione è avvenuta in un contesto di GPA. Queste ricomprendono, ad esempio, quanto pagato prima della gravidanza per incontrare e conoscere i genitori intenzionali, il *counselling* e l'assistenza legale (obbligatori nel *new pathway*) e l'eventuale terapia

¹¹¹ Liberamente tradotto da «essential costs relating to the pregnancy». §15.17 ss.

¹¹² *Ibid.* § 15.23 ss.

¹¹³ *Ibid.* § 15.27 ss.

dopo il parto. Sono altresì ricompresi i costi necessari alla gestante e alla sua famiglia per continuare ad avere rapporti con il minore e i genitori intenzionali, qualora le parti si determinino in quel senso. Il *consultation paper*, poi, individua altre possibili voci di spesa, non necessariamente affrontate dalla gestante. La quarta categoria delineata, quella dei *mancati guadagni*¹¹⁴, ricomprende le perdite remunerative da lavoro autonomo o dipendente che la gestante ha patito in occasione della GPA (anche qualora ricevesse l'indennità di maternità). Le commissioni riconoscono la possibilità che, in alcuni casi, i *mancati guadagni* possano rientrare in altri parametri già presentati. Qualora la gestante sia costretta a smettere di esercitare la propria professione perché rischiosa per la prosecuzione della gravidanza, ad esempio, si potrebbe incorrere in *spese indispensabili relative alla gravidanza*. Nel caso in cui, invece, la gestante volesse, senza una motivazione medica, sospendere la propria attività lavorativa, tale ammanco nelle entrate potrebbe essere ricondotto alle *spese aggiuntive relative alla gravidanza*. In ogni caso, le Commissioni ritengono, a causa delle peculiari problematiche sollevate, di sottoporre alla *consultation* i mancati guadagni come una categoria autonoma.

La proposta di riforma fa poi riferimento alla *perdita del diritto di beneficiare di strumenti di previdenza sociale*¹¹⁵. La quinta categoria così individuata prende in considerazione l'ipotesi in cui la gestante sia beneficiaria di sussidi sociali (come l'indennità di disoccupazione). Sebbene la gravidanza non impatti direttamente sulla possibilità di ricevere tali assegni, il fatto che la gestante riceva denaro dai genitori intenzionali potrebbe avere delle ripercussioni. I sussidi sono infatti erogati tenendo in considerazione il reddito del beneficiario e vengono ridotti proporzionalmente agli introiti percepiti. Visto che alcuni dei rimborsi effettuati dai genitori intenzionali alla gestante, come quelli relativi al vestiario, non rientrano tra le spese detraibili nel calcolo del reddito, questi finiranno per determinare una riduzione dell'assegno percepito dalla donna nel corso della gravidanza. Lo studio pubblicato nel 2018 da *Surrogacy UK* suggerisce che l'impatto sul diritto a beneficiare di tali forme di previdenza sociale potrebbe costituire un deterrente per le potenziali gestanti per altri¹¹⁶.

La sesta voce analizzata è quella del *risarcimento per il dolore e i disagi patiti, i trattamenti medici, le complicazioni e la morte della gestante*¹¹⁷. Poiché la gravidanza e il parto comportano dei rischi per la salute della gestante, il progetto di riforma si interroga sull'opportunità di riconoscere la possibilità ai genitori intenzionali di risarcire il dolore e la sofferenza correlati a tali complicazioni mediche. Rientrano in questa categoria i casi in cui la donna abbia affrontato un aborto, soffra di debilitanti nausee mattutine, si sia dovuta sottoporre ad un parto cesareo o abbia subito un'isterectomia.

Nel caso di morte della gestante, si ipotizza la possibilità per i genitori intenzionali di corrispondere un risarcimento alla famiglia della donna, ad esempio stipulando a proprie spese un'assicurazione sulla vita della stessa.

È prevista poi una settima categoria, quella dei *regali*¹¹⁸. È comune, infatti, che i genitori intenzionali vogliano esprimere la loro gratitudine alla gestante con un dono. Le Commissioni ritengono che possano essere permessi solo regali di valore economico contenuto (*modest o reasonable*), per evitare un

¹¹⁴ Liberamente tradotto da «lost earnings». § 15.30 ss.

¹¹⁵ Liberamente tradotto da «lost entitlement to social welfare benefits». §15.39.

¹¹⁶ K. HORSEY *et alt.*, *op. cit.* § 5.1.

¹¹⁷ Liberamente tradotto da «compensation for pain and inconvenience, medical treatment and complications, and the death of the surrogate». § 15.48 ss.

¹¹⁸ Liberamente tradotto da «gift». §15.57 ss.

uso distorto di questo strumento. Per garantire trasparenza sul punto, si è ipotizzato che le *surrogacy organization* coinvolte nella formulazione dell'accordo di GPA possano garantire adeguato supporto nell'individuare un regalo conforme a tali parametri.

Infine, l'ultima categoria analizzata è quella della *remunerazione per la gestazione*¹¹⁹. Tale voce di spesa, qualora approvata, potrebbe essere imputata solamente alla gestazione effettuata a favore dei genitori intenzionali. Il progetto di riforma esclude esplicitamente che la dazione di tale somma di denaro possa riferirsi, di fatto, all'acquisto del minore¹²⁰. A tal proposito, nel *Thematic report on surrogacy*¹²¹ del 2018, lo *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite conclude che «tutti i pagamenti a favore della gestante devono essere effettuati prima che il minore venga affidato ai genitori intenzionali, e che tutti i pagamenti effettuati devono essere non rimborsabili»¹²².

Ai sensi della disciplina ora in vigore, gli accordi di natura economica raggiunti dai privati in sede di un *surrogacy agreement* non sono vincolanti. Il *new pathway*, quindi, rappresenta la possibilità di creare certezza circa i pagamenti: qualora i genitori intenzionali si impegnino a corrispondere alla gestante del denaro, in relazione alle voci di spesa che verranno individuate come legittime dal legislatore, la gestante potrà agire in giudizio per ottenere quanto le è dovuto. Riconoscere tale facoltà alla gestante aiuta, agli occhi delle Commissioni, ad eliminare il rischio di sfruttamento della donna¹²³. La vincolatività dell'accordo è limitata alla sola dimensione economica: «l'attribuzione della genitorialità *ipso iure* sarà invece determinata *ex lege*, escludendo così che le parti possano liberamente disporre attraverso lo strumento del contratto. Ciò è fondamentale per evitare che gli accordi possano essere distorti e utilizzati per il commercio di persone di età minore»¹²⁴.

6. Riflessioni conclusive

«Sebbene il concetto di famiglia si sia sempre dimostrato fluido, nel corso dei secoli e attraverso le culture, gli sviluppi delle tecnologie riproduttive degli ultimi decenni hanno modificato sensibilmente il nostro modo di concepire la famiglia, la genitorialità e la stessa creazione della vita»¹²⁵.

¹¹⁹ Liberamente tradotto da «payment for being a surrogate». §15.61 ss.

¹²⁰ Il progetto di riforma si limita ad enunciare questo principio generale, senza indicare quali saranno le misure (oltre a quelle di seguito indicate) in concreto adottate per evitare un uso distorto dei pagamenti. Si può comunque ipotizzare che l'attività di controllo e monitoraggio posta in essere dalle *surrogacy organization* ricoprirà, a tal fine, un ruolo centrale.

¹²¹ M. DE BOER-BUQUICCHIO, *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material. Thematic report on surrogacy*, A/HRC/37/60, 2018. Reperibile al link: <https://bit.ly/2YNgeX> (ultima consultazione 25/04/2020).

¹²² *Ibid.*, 17. Liberamente tradotto da «all payments must be made to the surrogate mother prior to the post-birth legal or physical transfer of the child, and all payments made must be non-reimbursable».

¹²³ §15.95

¹²⁴ §15.96. Liberamente tradotto da «the issue of the attribution of legal parenthood would continue to be decided by the law, rather than the contractual agreement between the parties. We think that is essential to avoid the agreement being considered to constitute the sale of the baby».

¹²⁵ J. PASCOE, *Sleepwalking Through the Minefield: Legal and Ethical Issues in Surrogacy*, in *Singapore Academy of Law Journal*, 30, 2018, 455. Liberamente tradotto da «While the concept of family has been a fluid throughout history and across cultures, the development of reproductive technology over the past decades has seen significant changes to our understanding of family, parenthood, and the creation of life itself».

La gestazione per altri ha ricoperto un ruolo centrale in questo contesto di mutamento. Sebbene tale pratica sia diventata sempre più socialmente accettabile, la normativa in materia appare ancora oggi contraddittoria e, in alcuni passaggi, oscura. A più di trent'anni dall'entrata in vigore del SAA 1985 che criminalizza la commercializzazione della GPA, il diritto positivo appare più che mai distante dalla pratica.

La proposta di riforma sottoposta a consultazione il 6 giugno del 2019 affronta e cerca una soluzione a molte delle problematiche evidenziate nel corso degli anni da dottrina e giurisprudenza. Attraverso il *new pathway*, ad esempio, è possibile riconoscere già alla nascita del minore il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali e ciò permetterebbe di eliminare l'incertezza giuridica dovuta alle tempistiche giudiziarie ricollegate ai *parental orders*.

La nuova procedura delineata, poi, impone ai soggetti coinvolti in una GPA di affrontare un percorso di *informative counselling* e di rivolgersi ad un consulente legale indipendente: in questo modo, i genitori intenzionali e la gestante saranno in grado di prestare consenso informato al momento della stipulazione dell'accordo di GPA.

Le Commissioni, inoltre, affrontano il tema della tutela della gestante. In tal senso, si riconosce soltanto a colei che affronta la gravidanza la possibilità aderire all'accordo, di manifestare o ritirare il proprio consenso ad affidare il nato alle cure dei genitori intenzionali. Si è qui deciso di eliminare (quella che a lungo è stata) la necessaria approvazione del partner, perché finalmente riconosciuta come un'indebita ingerenza nell'autodeterminazione della donna nell'affrontare la gravidanza e il parto.

Alla luce delle proposte formulate nel *consultation paper*, alcune istanze paiono essere rimaste inascoltate, facendo sorgere spontanee due riflessioni.

La prima muove dal fatto che le Commissioni escludano che la multigenitorialità possa essere una risposta adeguata alle istanze che emergono in seguito ad una GPA. Per questo motivo, nel *new pathway*, i genitori intenzionali saranno registrati come *genitori* nell'atto di nascita del minore *al posto* della gestante. «È volontà comune a tutte le parti coinvolte in una GPA, sia che ai genitori intenzionali venga riconosciuta la genitorialità *ipso iure* sin dalla nascita del minore, sia che alle gestanti non venga attribuito il ruolo giuridico di madre dopo il parto. [...] Il desiderio di tre (o quattro) adulti, coinvolti in un accordo di GPA, di condividere la genitorialità non sembra trovare alcun riscontro nella pratica»¹²⁶.

Lo *Study of Parental Order Applications* pubblicato da Cafcass nel 2015 ha mostrato come la maggior parte degli accordi oggetto di studio, seppur non vincolanti ai sensi della disciplina in vigore, prevedessero la programmazione di futuri contatti tra minori, genitori intenzionali e gestanti. Tale analisi, in particolare, evidenzia che «in alcuni casi, la volontà dei genitori intenzionali e delle gestanti diverge in merito alla possibilità di futuri contatti; talvolta il desiderio di coltivare un rapporto anche dopo il parto è avvertito in modo più forte dai genitori intenzionali, mentre in altre occasioni si è verificato il contrario»¹²⁷.

¹²⁶ §7.88. Liberamente tradotto da «What we hear from intended parents and surrogates alike is that the shared intention is for the intended parents to be the legal parents of the child at birth, and for the surrogate not to be a legal parent at birth. [...] There does not appear to be a desire in practice for legal parentage to be shared between all three (or four) adults involved in a surrogacy arrangement».

¹²⁷ CAF/CASS, *op. cit.*, 18. Liberamente tradotto da «in some cases, the wishes of the commissioning couple and the surrogate in respect of future contact differed; in some the commissioning couple's desire to keep in contact appeared stronger than that of the surrogate, and in others the surrogate's desire for this appeared stronger».

Nella pratica quindi sono stati registrati casi in cui le parti si erano accordate nel senso di far mantenere alla gestante contatti con il minore, ma tale aspirazione, dopo il parto, non è più stata condivisa – almeno non completamente – dai genitori intenzionali. Quale forma di tutela trova qui la gestante? Questo scenario costringe ad una riflessione sulla genitorialità.

Escludere a priori la possibilità di configurare una genitorialità condivisa tra più di due soggetti, affidando tali riflessioni ad un futuro, non ancora definito, progetto di riforma, finisce per perpetuare il modello escludente della famiglia sessuale.

Poniamo, ad esempio, il caso in cui una donna abbia acconsentito ad una GPA, a patto di poter avere contatti con il nascituro. La coppia committente acconsente e per qualche anno tutto procede come da accordi. Ad un certo punto i genitori intenzionali decidono di trasferirsi in un altro Stato, di fatto impedendo alla gestante di continuare ad avere contatti con il minore (e viceversa). Se, nella finestra temporale concessale *ex lege*, la gestante non ha ritirato il proprio consenso, questa sarà – agli occhi del diritto – un’estranea per il minore, anche quando le parti vogliano diversamente. In questo caso, quindi, qualora i genitori (intenzionali e giuridici) decidessero di opporsi ai contatti sopra menzionati, anche nel *new pathway*, la gestante non sarebbe legittimata ad avanzare alcuna pretesa relativa al bambino. Allo stesso modo, il minore non avrebbe il diritto di coltivare rapporti con la donna.

Tale impostazione restrittiva ha portato molti cittadini del Regno Unito a ricorrere ad accordi di GPA fai-da-te (*DIY agreement*)¹²⁸ che, anche nello scenario post-riforma, non avranno alcuna vincolatività giuridica¹²⁹.

Ricorrendo agli istituti di *parentage*, *parenthood* e *parental responsibility*¹³⁰, già presenti nell’ordinamento del Regno Unito, sembra però possibile riconoscere alla gestante la possibilità di essere inquadrata *ipso iure* come una figura genitoriale. Ciò consentirebbe di meglio rappresentare le famiglie che sempre più si presentano a geometria variabile. Tale impostazione, infatti, non solo lascerebbe alle parti la possibilità di decidere del riconoscimento della genitorialità della gestante, ma, allo stesso modo, anche delle attribuzioni ad essa ricollegate.

In un caso ipotetico come quello sopra delineato, il riconoscimento a tutti della genitorialità giuridica, affiancato all’attribuzione piena delle responsabilità genitoriali ai soli genitori intenzionali, garantirebbe la tutela dei *contact rights* del minore (oltre ai diritti successori), senza imporre l’esercizio congiunto delle responsabilità genitoriali.

La seconda riflessione, invece, riguarda lo sfruttamento delle gestanti nelle GPA internazionali¹³¹. Si è avuto modo di vedere come il progetto di riforma faccia continui riferimenti alla necessità di evitare gli abusi a danno delle gestanti¹³². Il tema è stato sviluppato sotto vari profili. Da una parte, infatti, si

¹²⁸ Cfr. High Court of Justice, *CW v NT and another* [2011] EWHC 33; *H v S (Surrogacy Agreement)* [2015] EWFC 36; and *Re Z (Surrogacy agreements) (Child arrangement orders)* [2016] EWFC 34.

¹²⁹ Tale pratica, infatti, aggirando i requisiti di idoneità e le garanzie procedurali previste dal *new pathway*, rende il contratto non vincolante.

¹³⁰ A. BAINHAM, *Parentage, Parenthood e Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinction*, in A. BAINHAM, S. DAY SCATLER, M. RICHARDS (a cura di), *What is a parent: A Socio-Legal Analysis*, Oxford – Portland Oregon, 1999, 25 ss.

¹³¹ N. GAMBLE, L. GHEVAERT, *The Chosen Middle Ground: England, Surrogacy Law and the International Arena*, in *International Family Law Journal*, 2009, November Issue, 223 ss.

¹³² Il termine *exploitation* compare 106 volte.

sono resi obbligatori l'*informative counselling* e l'assistenza legale indipendente, così da garantire che la gestante si possa approcciare agli accordi con piena consapevolezza delle implicazioni giuridiche e psicologiche di una gestazione per altri.

Dall'altra, la tutela è stata affrontata guardando all'aspetto economico dei *surrogacy agreement*. In questo senso, sono state eliminate le voci di spesa che potessero facilmente prestarsi ad abusi (come l'acquisto del minore) e si è vagliata la possibilità di inserire delle soglie massime di pagamento, così che le dazioni a favore della gestante non possano avere un valore tanto alto da tradursi in una pressione nei confronti della stessa.

È impossibile non notare, però, come tutti questi accorgimenti trovino applicazione soltanto per quanto attiene le GPA interne, cioè avvenute nel Regno Unito. Nel caso in cui la gestazione avvenga oltremarina, infatti, come abbiamo già avuto modo di vedere, il *new pathway* sarà precluso. Ciò comporta il venir meno di tutte le garanzie previste dalla nuova procedura e lascia quale unica alternativa il ricorso al *parental order* ex s. 54 HFEA 2008, con tutti i limiti e le problematiche già esposte.

Allo stesso modo, la riflessione sugli aspetti economici della vicenda è evidentemente rivolta alla tutela delle sole gestanti interne. L'indagine effettuata in relazione alle GPA internazionali¹³³, infatti, si occupa di tre temi: nazionalità del minore, immigrazione e genitorialità giuridica. Il possibile sfruttamento delle gestanti non è oggetto di specifica analisi.

La giurisprudenza ha già mostrato come, anche a fronte di distorsioni economiche palesi, il *welfare principle*, in quanto *paramount consideration*, imponga al giudice di concedere il *p.o.*¹³⁴. La legittimazione *ex post* di tali pratiche, però, di fatto finisce per giustificare la domanda di GPA, anche quando questa integri un palese sfruttamento della gestante¹³⁵.

Mentre si riflette sulla possibilità di individuare strumenti di tutela di diritto privato internazionale¹³⁶, sul modello della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, il progetto di riforma in analisi delinea un doppio binario di tutela. Può il limite giurisdizionale giustificare la creazione di gestanti di serie A, meritevoli di tutela, e gestanti di serie B, che invece non lo sono?

¹³³ Chapter 16, in particolare §16.83 ss.

¹³⁴ C. FENTON-GLYNN, *The difficulty of enforcing surrogacy regulations*, in *Cambridge Law Journal*, 74, 1, 2015, 34. A tal proposito il giudice Hedley scriveva che «I feel bound to observe that I find this process of authorisation most uncomfortable». In *X & Y (Foreign Surrogacy)*, §24.

¹³⁵ Cfr. S. WILKINSON, *Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements*, in *Journal of Applied Philosophy*, 33, 2, 2016, 125 ss.

¹³⁶ Dal 2011 il *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato (HCCH) sta studiando le implicazioni di diritto internazionale privato sollevate dalla gestazione per altri internazionale. Una ricostruzione dei lavori svolti nel sito della HCCH al link: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (ultima consultazione il 30/04/2020). Per un'analisi, J. PASCOE, *op. cit.*, 480 ss.