

## Dal divieto alla regolamentazione “a contratto” della gestazione per altri. Ragioni normative a confronto

Silvia Zullo \*

FROM PROHIBITION TO PERMISSION OF SURROGACY AGREEMENTS. COMPARING NORMATIVE REASONS

ABSTRACT: In this analysis I consider the question of surrogacy contracts, adopting a critical perspective in order to assess whether it is possible to legitimize surrogacy as a contractual right. The current scenario needs regulation beyond prohibition. The normative claim regarding these contractual problems has not been properly addressed by current standard contracts. Here it is intended to consider how defensible is to support some of the main normative reasons aiming at justifying, in contemporary bioethical–legal debate, the prospect of a national system of pre–conception authorization of surrogacy agreements. I explore the various contractual problems of surrogacy contracts: the problem of unequal power of the contracting parties, the vulnerability of the contracting parties and the problem of autonomy of the surrogate mother. In conclusion, I agree that surrogacy contracts should be carefully regulated under an administrative–legal mechanisms for accomplishing their legal and social recognition.

KEYWORDS: surrogacy as contractual right; autonomy; vulnerability; assisted reproductive technology; asymmetric Enforceability

ABSTRACT: In questa analisi si prende in esame la questione dei contratti di maternità surrogata ipotizzandone la regolazione su base statale e adottando una prospettiva critica per valutare la legittimità di un diritto alla libertà di stipulare contratti di surrogacy. La giustificazione normativa, sul piano bioetico e giusfilosofico, relativa alla regolamentazione contrattuale della surrogacy necessita di essere adeguatamente esplorata per comprenderne criticità e potenzialità. In questa direzione si considerano alcune delle principali posizioni normative volte a giustificare la prospettiva di un sistema statale di autorizzazione degli accordi di maternità surrogata. Il tema viene affrontato con una privilegiata attenzione alla condizione della gestante, attorno alla quale vertono molte delle criticità che animano il dibattito contemporaneo, a partire dalla questione del potere contrattuale, della tutela dell'autonomia e della vulnerabilità delle donne gestanti. In conclusione, si riconosce l'importanza del ruolo dello Stato liberaldemocratico nel regolare l'accordo di GPA e nel co–progettare una politica riproduttiva con i suoi cittadini.

---

\* Professoressa associata di Filosofia del diritto, Università di Bologna. Mail: [silvia.zullo@unibo.it](mailto:silvia.zullo@unibo.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

PAROLE CHIAVE: Gestazione per altri; diritto alla libertà contrattuale; autonomia; vulnerabilità; contratti ad esecuzione asimmetrica

SOMMARIO: 1. La pratica della gestazione per altri nel complicato groviglio di ragioni scientifiche, etiche e giuridiche – 2. Normare la gravidanza a contratto. Questioni aperte – 2.1. Interessi e tutele nella libertà di “accordarsi” – 3. Osservazioni conclusive.

## 1. La pratica della gestazione per altri nel complicato groviglio di ragioni scientifiche, etiche e giuridiche

**R**golamentare la pratica della gestazione per altri (d’ora in poi GPA) rappresenta un nodo problematico tuttora al centro della letteratura bioetico-giuridica e giurisprudenziale, soprattutto se lo si indaga dalla prospettiva dei fondamenti normativi che possono legittimare la scelta della donna di accettare l’impianto di un ovulo già fecondato in vitro il cui materiale genetico le può essere totalmente estraneo, o di impegnarsi in una gravidanza in cui sussiste il legame genetico con almeno uno dei membri della cosiddetta coppia committente.

Si comprende come rispetto alle tecniche di fecondazione assistita la GPA risulti essere differente in quanto comporta il coinvolgimento di una donna esterna alla coppia per portare a compimento il progetto genitoriale tramite gestazione e parto, determinando così la frammentazione della figura materna. Se in altre situazioni di procreazione medicalmente assistita, come ad esempio nella fecondazione eterologa, si ha uno sdoppiamento di figure che è circoscritto alla donatrice di ovuli, denominata anche madre genetica, e alla madre biologica, che porta avanti la gravidanza, nella GPA si aggiunge anche la madre sociale/committente. Si tratta di una peculiarità dirimpante perché la «ha notevoli ripercussioni sull’individuazione giuridica della figura materna che, ai sensi dell’art. 269, co. 3 c.c., è colei che partorisce. Tale disposizione, infatti, costituisce il caposaldo dell’istituto della filiazione naturale, espressione di un principio fondamentale e di ordine pubblico che disciplina un diritto inviolabile della persona a tutela della sua dignità»<sup>1</sup>. Qui è in gioco la garanzia di certezza espressa dal noto principio *mater semper certa est*, che reca con sé la messa in discussione del concetto stesso di genitorialità a differenza di quanto non avviene nell’ipotesi di fecondazione eterologa. Tuttavia, volendo richiamare i diritti fondamentali espressi nella nostra Carta costituzionale, va rilevato che il progetto di genitorialità viene inquadrato entro il perimetro della libertà di autodeterminazione ai sensi degli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione, laddove la Corte costituzionale nella sentenza n.162/2014 ha affermato che «la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concerne la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile», intervenendo proprio per smantellare il divieto di eterologa previsto nella rigida formulazione originaria della Legge 40/2004 che, in una travagliata storia di venti anni di vicende giudiziarie e di divieti aboliti, continua a fare discutere le corti su diversi fronti tra cui quello della GPA espressamente vietata all’art. 12, co. 6<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 329–349, cit. 336.

<sup>2</sup> Cfr. C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 81 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio*

A fronte degli argomenti utilizzati sino ad oggi dalla Corte costituzionale per abolire i divieti previsti originariamente dalla Legge 40, e in particolare considerato l'argomento per cui si riconosce un “incoercibile diritto di diventare genitori”, diviene sempre più complesso in uno Stato liberaldemocratico giustificare normativamente, ovvero sulla base di ragioni eticamente accettabili, limiti e restrizioni alla libertà procreativa e ai diritti riproduttivi<sup>3</sup>.

Ferma restando l'attuale impossibilità di contemplare nel nostro sistema giuridico accordi di GPA, proibita dall'art. 12, co. 6, della Legge 40 con tanto di sanzione penale posta a presidio di beni giuridici fondamentali, tra i quali è da considerare in primis la dignità umana, costituzionalmente tutelata, della gestante, e di recente “delegittimata” anche dalla sentenza n. 33/2021 della Corte Costituzionale, che qui riconosce la liceità dello scopo di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità da parte del nostro ordinamento non solo mediante l'utilizzo della sanzione penale ma anche tramite la negata trascrivibilità del provvedimento straniero che riconosca lo status di genitore<sup>4</sup>, si intende considerare in questa analisi quanto sia difendibile la linea assunta da alcune tra le principali posizioni normative, del dibattito bioetico-giuriosofico contemporaneo, a favore della giustificazione di una disciplina contrattuale finalizzata a regolamentare la GPA<sup>5</sup>.

La Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) di recente si è misurata con casi di GPA (K.K. e altri v. Danimarca del 2022)<sup>6</sup> dove, come in passato, ha applicato il concetto di margine di apprezzamento nazionale per bilanciare la libertà di movimento delle persone e le opzioni morali nazionali, e si è pronunciata in materia di riconoscimento giuridico della nazionalità e dello *status filiationis* del bambino concepito attraverso GPA internazionale, sulla base della tutela del diritto del bambino al rispetto della

---

*diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, 37-65; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 183-245.

<sup>3</sup> Cfr. S. POZZOLO, *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1672, 2016, 53-65.

<sup>4</sup> Sent. n. 33/2021, punti 5.5, 5.6 e 5.7. del Considerato in diritto.

<sup>5</sup> In questa analisi non si intende discutere dello *status filiationis* e del *best interest of the child* in relazione alla situazione giuridica italiana, dove molti giudici sono già stati chiamati a decidere del rapporto di filiazione instauratosi tra il minore nato all'estero tramite surrogazione di maternità e la coppia committente, e se in forza delle regole dell'ordinamento estero tale rapporto possa assumere rilevanza giuridica nel nostro paese, ovvero se, al contrario, tale riconoscimento sia impedito dal limite generale dell'ordine pubblico internazionale, pur mantenendo il riferimento a tali questioni sullo sfondo. La prevalente giurisprudenza di merito si sta orientando nel riconoscere il rapporto di filiazione in forza dell'assoluta prevalenza del “superiore” interesse del minore rispetto agli altri interessi in gioco e, soprattutto, nonostante il divieto posto dall'art. 12, co. 6 l. n. 40/2004, che viene sempre più frequentemente aggirato attraverso un'interpretazione estensiva del limite dell'ordine pubblico. In particolare, con riferimento alla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, e di adozione di minori da parte di coppie omosessuali, si vedano: Cassazione nn. 12962 del 2016; 14878 del 2017; Corte d'Appello di Milano n. 16 ottobre 2015; Corte d'Appello di Napoli, 30 marzo 2016; Tribunale di Firenze, 7 marzo 2017; Tribunale di Firenze, 8 marzo 2017. Si veda inoltre: C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 119-141.

<sup>6</sup> La Corte ha riconosciuto qui la violazione dell'art. 8 CEDU da parte della Danimarca affermando che l'ordinamento nazionale non ha garantito il riconoscimento effettivo del rapporto di filiazione tra i minori nati mediante GPA e i genitori committenti. Cfr. <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-Europea-dei-Diritti-dell-Uomo-K.K.-e-altri-v.-Danimarca-adozione-del-minore-nato-mediante-maternita-surrogata>.

vita privata e familiare, richiamando l'articolo 8 CEDU in tema di autodeterminazione della coppia o del singolo nella sfera privata e familiare. I giudici di Strasburgo ricordano che gli Stati devono sempre assicurare la tutela effettiva degli interessi primari del minore. Come già ribadito nella decisione *Menesson e Labassee v. Francia* (2014), proprio tale principio costituisce il limite alla discrezionalità del legislatore nazionale.

Ciononostante, mancando una regolamentazione internazionale, sul piano normativo ci si interroga sulla pratica della GPA allo stesso modo in cui si è fatto in passato per la procreazione medicalmente assistita eterologa, ovvero in relazione al grado di ragionevolezza connesso alla rivendicazione di un diritto al progetto genitoriale. Il diritto, nel senso morale del termine, ad avere una famiglia e dei figli biologici (e non) è sembrato a molte coppie infertili un diritto inafferrabile fino all'avvento delle tecnologie riproduttive artificiali, tuttavia ci sono coppie o individui per i quali tali tecnologie non aiutano a realizzare l'obiettivo di avere figli<sup>7</sup>.

## 2. Normare la gravidanza a contratto. Questioni aperte

Sulla base di quanto detto si vuole prendere in esame la possibilità di regolamentare il fenomeno della GPA da una prospettiva *ex ante*, ossia quale modalità procreativa della cui ammissibilità si ragiona *de jure condendo*. In questione non vi è tanto possibilità la di regolamentare la pratica sulla base del discrimine tra GPA altruistica e commerciale, al fine di ammettere la prima e continuare a vietare soltanto la seconda<sup>8</sup>, quanto l'idea di individuare ragioni normative sostenibili per un modello contrattuale a tutela del migliore interesse di tutte le parti coinvolte, in particolare qui si intende evidenziare lo *status* della gestante nella relazione con le altre parti, come si vedrà più avanti. In altre parole, se non è possibile riconoscere un diritto alla GPA come diritto all'accesso alle tecniche procreazione assistita, poiché in tal caso si tratterebbe di garantire necessariamente la disposizione di *corpi terzi* per rendere esigibile un diritto alla GPA, allora ci si chiede se sia possibile garantire un diritto alla libertà di stipulare accordi per realizzare il progetto procreativo. Sulla scia delle argomentazioni di Christine Straehle, qui si nota un'analogia con il diritto a ricevere un organo compromesso mediante donazione, diritto che di per sé non può sussistere anche se è riconosciuto il diritto alla salute e alle cure, allo stesso modo in cui non può sussistere il diritto alla GPA, in quanto lo Stato liberaldemocratico non può obbligare né le donne a impiegare i loro corpi per tale pratica né i cittadini a donare i propri organi per soddisfare il bisogno di organi trapiantabili, nell'ottica di perseguire un ideale politico di giustizia redistributiva per compensare ai bisogni emergenti. In entrambi i casi ciò deve avvenire su base

<sup>7</sup> La Corte Edu ha elaborato una nozione di "vita familiare" più ampia di quella tradizionale, attribuendo agli Stati contraenti la facoltà di differenziare, in relazione ai diversi modelli della stessa, le varie forme di tutela.

<sup>8</sup> Si ritiene, infatti, che il contratto abbia natura altruistica quando la "madre gestazionale" non percepisce alcun corrispettivo e si limita a ricevere un rimborso spese; al contrario, si considera oneroso l'accordo che prevede espressamente un corrispettivo per la prestazione d'opera. A ben guardare, tuttavia, le ragioni che supportano la distinzione tra le due ipotesi è davvero poco convincente, poiché anche nei casi in cui la prestazione della donna si considera gratuita, tuttavia attorno alla pratica si prevedono costi e spese. Inoltre, come nella forma commerciale, i genitori intenzionali garantiscono rimborsi alla gestante, che si traducono in un vero e proprio corrispettivo.

consensuale<sup>9</sup>. Secondo Straehle un diritto alla GPA per i genitori committenti non può assumere una forma positiva, ciò significa che un diritto alla GPA non può essere plausibilmente inteso come una pretesa nei confronti dello Stato per realizzare o tutelare l'interesse ad avere figli biologici. Un tale diritto può solo assumere la forma negativa secondo cui, in linea di principio, i contraenti sono liberi di stipulare un accordo contrattuale per il lavoro riproduttivo sulla base di un diritto generale alla libertà contrattuale. Ragionando altresì in questa direzione si assume l'idea che la scelta di portare avanti una gravidanza per altre persone può essere rappresentata come un legittimo uso libero del proprio corpo da parte di un individuo *proprietario di sé*<sup>10</sup>, e che tutt'al più si debba vigilare, a livello statale, sulle circostanze sociali entro cui tale decisione avviene dal momento che la questione dirimente, da rintracciare nella valutazione morale della GPA, riguarda la tutela della libertà e degli interessi di tutte le persone coinvolte. Questo implicherebbe, ad esempio, che «ad ogni donna che pensi di potersi impegnare in una GPA venga riconosciuto il diritto di cambiare idea mentre *fa quell'esperienza*»<sup>11</sup>.

Come ha rilevato nel suo lavoro Suki Finn<sup>12</sup>, si possono considerare diversi modelli “metafisici” di narrazione di gravidanza che offrono interpretazioni diverse dell'accordo di GPA, e il modo in cui questa viene concettualizzata nelle politiche pubbliche rivela un modello metafisico di gravidanza presupposto. In generale, sostiene Finn, è interessante osservare come le comuni concettualizzazioni legate alla gravidanza non corrispondano al modo in cui viene concettualizzata la gravidanza nella GPA. Questo è un dato culturalmente e antropologicamente *rilevante* poiché la GPA è connessa alla gravidanza in quanto è un modo specifico di diventare madre. Pertanto, non si può negare che la gestante impegnata in un accordo di questo tipo non sia equiparabile, almeno dalla prospettiva fisica, allo *status* di una madre che è incinta con altri mezzi. Nonostante le implicazioni nella parola “surrogata”, come comunemente viene denominata tale partica, Finn dichiara che la GPA è un caso di gravidanza reale, ovvero non si tratta di una relazione “surrogata”, ma di una relazione realmente “vissuta”, in quanto «non si è in una relazione sostitutiva»<sup>13</sup>. Si tratta di una gravidanza seppure sia una gravidanza contrattuale. Tali elementi inducono a interrogarsi sul modo in cui la nostra comprensione metafisica della gravidanza impatta sull'etica e sulle politiche pubbliche relative alla gravidanza contrattuale. Certamente non tutte, ma alcune delle molteplici ragioni che adduciamo a sostegno delle nostre politiche sulle questioni riproduttive si basano su presupposti metafisici che, forse, meritano di essere discussi criticamente prima di stabilire quale sia il modello corretto di regolamentazione su cui fondare la nostra politica sulla gravidanza a contratto. Ciò consente di richiamare qui anche agli studi dell'antropologa

<sup>9</sup> C. STRAEHLE, *Is There a Right to Surrogacy?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 33, 2, 2016, 146-159. Si veda inoltre, A. GHEAUS, C. STRAEHLE, *Debating Surrogacy*, Oxford, 2024.

<sup>10</sup> C. BOTTI, *La gravidanza per altre o altri: soggetti, esperienze e corpi*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2-3, 2020, 467-479.

<sup>11</sup> *Ivi*, 475.

<sup>12</sup> Cfr. S. FINN, *The Metaphysics of Surrogacy*, in DAVID BOONIN (a cura di) *The Palgrave Handbook of Philosophy and Public Policy*, Boulder, 2018, 649-659.

<sup>13</sup> «In prospettiva critica, mi pare inoltre piuttosto fondata l'obiezione di chi, come Barbara Katz Rothman, rigetta l'idea stessa di “surrogazione”, di “sostituzione”, perché in una gravidanza non c'è una donna che ne sostituisce un'altra, ma c'è solo una donna gravida», in S. POZZOLO, *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 60.

Fançoise Héritier, la quale ha riportato efficaci esempi e casi significativi legati a spiegare come in tutte le culture sia la maternità sia la paternità rappresentino dei ruoli sociali e dei costrutti culturali<sup>14</sup>.

### 2.1. Interessi e tutele connesse alla libertà di “accordarsi”

Concepire la GPA nei termini di un diritto contrattuale implica orientarsi alla tutela di una serie di interessi diversi da quelli discussi finora nel dibattito bioetico–giuridico, infatti un diritto alla GPA come diritto contrattuale mira a tutela semplicemente dell’interesse delle parti contrattuali coinvolte nella stipula dell’accordo. Il presupposto da cui si muove è il riconoscimento della libertà contrattuale quale interesse prevalente che deve essere protetto dallo Stato liberaldemocratico<sup>15</sup>. Tuttavia, non è possibile valutare la portata del diritto alla libertà contrattuale indipendentemente dagli interessi sostanziali che tale diritto mira a proteggere, considerando altresì il rapporto tra interesse in gioco e necessità di protezione di quell’interesse mediante la libertà contrattuale. Nel caso della GPA tale rapporto poggia sul fatto che in mancanza di un diritto alla libertà di stipulare accordi tra parti alcune coppie/ individui, eterosessuali e non, saranno impossibilitati a realizzare i loro “interessi” nei confronti del progetto di genitorialità. Se la questione dirimente nella valutazione morale della GPA e della garanzia giuridica ad essa connessa risiede nella tutela della libertà di tutte le persone coinvolte, e in particolare della soggettività e libertà femminile, occorre partire dal riconoscere alcune asimmetrie tra le parti coinvolte nell’accordo. Tali asimmetrie sono rilevanti poiché il non considerarle espone le donne al rischio di una minore possibilità di esprimere la propria soggettività e libertà<sup>16</sup>. Ciò che qui rileva in tutta la sua problematicità è la scollatura tra il valore attribuito all’autodeterminazione corporea delle donne, da un lato, per cui lo Stato non può *imporre* a queste ultime di candidarsi come gestanti, e il paternalismo morale, dall’altro lato, per cui il medesimo Stato per tutelare l’autonomia della donna vieta la maternità a contratto e quindi la possibilità di disporre pienamente del proprio corpo<sup>17</sup>. Sono molteplici e variegati i resoconti sul tipo di motivazioni che inducono le donne a impegnarsi nell’accordo di *lavoro riproduttivo* e che animano il dibattito normativo attorno alla controversa idea di tutelare l’autonomia della donna nel disporre del proprio corpo. Qui infatti risiede il controverso profilo del concetto di autonomia quando lo si invoca sia per sostenere politiche tese a legittimare un diritto alla GPA, alla stregua del diritto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, dal momento che lo Stato non ha alcuna giurisdizione sul corpo delle donne e su come impiegarlo, in quanto tali decisioni spettano a ciascun individuo purché non arrechino danno ad altri, sia per sostenere il divieto delle donne di scegliere il lavoro riproduttivo, ovvero la gravidanza a contratto, in nome di una interpretazione non autentica del diritto all’autodeterminazione sulle scelte che le riguardano<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. F. HÉRITIER, *Maschile e femminile. Il pensiero della differenza sessuale*, Roma-Bari, 2000.

<sup>15</sup> Cfr. C. STRAEHLE, *Is There a Right to Surrogacy?*, cit.

<sup>16</sup> Cfr. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992. La riflessione di Shalev sul punto merita di essere richiamata in quanto la studiosa rileva come in questa ottica non è necessario sottrarre la GPA al mercato, ma è urgente garantire il fatto che siano le donne a dettare le “regole” circa la loro “prestazione”, in quanto soggetti liberi di autodeterminarsi.

<sup>17</sup> S. POZZOLO, *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in *Diritto e questioni pubbliche*, cit., 58-59.

<sup>18</sup> *Ivi*.

Le ragioni normative contrarie all'inquadramento della GPA nell'ambito della disciplina contrattuale il più delle volte muovono dai potenziali danni che da tali contratti potrebbero derivare in virtù dell'esercizio del diritto della donna di disporre del proprio corpo. A titolo esemplificativo se ne posso citare almeno due tipologie. La prima fa leva sui danni alle donne nel contesto della disuguaglianza di genere, la seconda riguarda i danni che si presume la GPA possa causare al “senso di sé” di una donna gestante. La lente più accurata attraverso cui sono stati qualificati tali potenziali danni relativi ai contratti di GPA è quella che passa per la nozione di vulnerabilità, dal momento che dirimente qui è la tutela delle persone vulnerabili o rese potenzialmente vulnerabili dalla condizione di accettare il lavoro riproduttivo. I noti studi di Robert Goodin sulla vulnerabilità quale nozione relazionale, che assume rilievo nei rapporti di dipendenza, convergono sulla necessità di proteggere coloro i cui interessi di vita fondamentali possono essere compromessi e resi particolarmente vulnerabili dalle conseguenze delle nostre azioni e dalle nostre scelte<sup>19</sup>. La vulnerabilità, scrive Goodin, genera obblighi morali in coloro che si trovano in una posizione di potere e condizionano con le loro azioni la vita degli altri. Applicando tale chiave di lettura all'esame dei rapporti di dipendenza messi in essere dall'accordo di GPA si può, in altri termini, valutare se e in che misura i contratti standard di GPA creano danni nei termini di generare vulnerabilità, in particolare vulnerabilità delle gestanti. A riguardo sono rilevanti le analisi di Debra Satz che definisce il contesto di genere in cui si realizza la GPA come condizione determinante per la valutazione dell'accordo contrattuale, dal momento che accettando un contratto la madre-gestante cede a qualcun altro il controllo del proprio corpo, in un arco temporale in cui *deve* rispettare un regime di controlli e di prescrizioni mediche. Al di là delle specifiche clausole contrattuali previste da ciascun accordo, ciò che rende il caso della GPA moralmente problematico secondo Satz è il fatto che le donne *cedono* l'autorità sul proprio corpo all'interno di un contesto sociale che tradizionalmente non tutela gli interessi delle donne, e dove il lavoro di cura delle donne non è valutato come tale, e non è equiparabile al lavoro svolto dagli uomini<sup>20</sup>. Satz sembra suggerire che i contratti di GPA non siano intrinsecamente problematici, ma che lo diventano nel contesto dell'attuale divisione del lavoro tra i sessi, a cui sul piano internazionale si aggiungono le differenze e disuguaglianze socio-economiche. Se da un lato la preoccupazione di Satz è condivisibile e fondata su dati empirici, dall'altro occorre domandarsi, richiamando la lente analitica della vulnerabilità, se il divieto di stipulare contratti di GPA sia servito a contrastare il tipo di vulnerabilità individuato dalla stessa Satz, ovvero la mancanza di rappresentazione degli interessi delle donne e la loro violazione negli accordi contrattuali specifici.

In altre parole qui si ritiene che sia necessario interrogarsi su come un nuovo strumento contrattuale possa svolgere un cambiamento socio-culturale in tale direzione, ovvero se il lavoro riproduttivo, adeguatamente tutelato, non possa contribuire ad assegnare il giusto peso alle soggettività femminili (matri-gestanti) e alle relazioni umane coinvolte nella GPA. Ciò implicherebbe che le rivendicazioni derivanti da un diritto alla GPA come diritto contrattuale includano una protezione contrattuale a favore delle donne-matri-gestanti, trascurando il fatto che gli interessi delle parti contraenti possano dare origine a rivendicazioni specifiche. Ad esempio, Straehle sostiene che sia legittimo prevedere obblighi specifici per i genitori committenti nel soddisfare certi requisiti al fine di qualificarsi come “partners contrattuali” all'interno di accordi di GPA, questo perché gli attuali contratti standard sono più

<sup>19</sup> Cfr. R. GOODIN, *Protecting the Vulnerable: Reassessing Our Social Responsibilities*, Chicago, 1985.

<sup>20</sup> Cfr. D. SATZ, *Why Some Things Should Not be For Sale. The Moral Limits of Markets*, Oxford, 2010.

strutturati per favorire il soddisfacimento delle esigenze e delle richieste dei genitori committenti che per quello delle gestanti. Ne è prova il fatto che i parti cesarei sono spesso imposti alle gestanti per permettere alle coppie, spesso situati in diversi continenti, di organizzare il viaggio e di essere presenti alla nascita del bambino. A sua volta, la gestante dovrà certamente avere l'obbligo di tutelare il benessere del feto, ferma restando la possibilità di negare il consenso a interventi considerati quale indebita violazione della intimità e sfera personale durante la gravidanza. Entrambe le parti presentano rivendicazioni reciproche ed è plausibile ritenere che lo Stato liberaldemocratico garantisca la codifica e l'attuazione di tali accordi al fine di rivedere una disciplina contrattuale che, sul piano internazionale, almeno fino ad oggi, si è dimostrata essere uno strumento troppo blando per tutelare la vulnerabilità degli interessi delle donne nella società. Allo stesso modo, sarebbe incoerente impiegare il principio di autonomia per creare condizioni che minano i requisiti di fondo per l'esercizio dell'autonomia. Non vi è dubbio che occorra interrogarsi sulla proprietà e il senso di sé delle gestanti, in rapporto all'accordo contrattuale e alle disuguaglianze sociali di genere, per valutare se il diritto alla GPA può essere difeso come diritto alla libertà di stipulare contratti. Nella trattazione del tema Cécile Fabre arriva a sostenere la legittimità dello strumento contrattuale a condizione che tali accordi siano legalmente validi, ma annullabili<sup>21</sup>. Secondo Fabre, un contratto annullabile sarebbe quello in cui entrambe le parti contraenti sono ugualmente obbligate a rispettare le "disposizioni ragionevoli" del contratto, tra cui garantire alla gestante il diritto di ripensamento e di decidere se abortire. Fabre osserva che, al fine di proteggere il diritto dei genitori intenzionali di promuovere la propria autonomia diventando genitori, la gestante dovrebbe conferire loro alcuni diritti sul suo corpo (richiedendo un compenso), in modo che essi possano imporre restrizioni "ragionevoli" sul suo corpo per il benessere del feto. Tuttavia, proprio per ovviare a questo tipo di interferenza e all'onere di definire che cosa rappresenti "comportamento ragionevole" (e non ragionevole), in relazione alla gravidanza e sulla base delle evidenti condizioni di profonda disuguaglianza economica e di genere, si è avanzata l'idea di strutturare accordi ad *esecutività asimmetrica* in cui l'adempimento specifico sarebbe opponibile ai genitori committenti, ma non alla gestante<sup>22</sup>.

### 3. Osservazioni conclusive

Lo scenario attuale è rappresentato da una adesione inevitabile, quasi obbligata, a quella che i giudici chiamano *logique du fait accompli* (logica del fatto compiuto), per cui le autorità nazionali di molti paesi europei si trovano a dover facilitare le richieste degli aspiranti genitori che hanno violato le leggi sulla GPA, o le hanno evitate recandosi all'estero. Dinanzi alla nascita del bambino quale *fatto compiuto*, si ritiene che sia nel migliore interesse del bambino stesso accogliere le richieste dei futuri genitori, anche se si contesta il fatto che la nascita del bambino sia stata preceduta, per esempio, da acquisto di gameti da donatori anonimi o da possibile condizione di sfruttamento della gestante. Ragionando in modo proattivo, e alla luce di quanto delineato sin qui, la proposta di considerare quale strumento di regolamentazione della GPA la governance di un sistema nazionale di autorizzazione degli

<sup>21</sup> C. FABRE, *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, Oxford, 2006, 16-23.

<sup>22</sup> M. J. PETRINI-SANCHEZ, *A Case for the Asymmetric Enforceability of Surrogacy Contracts*, in *The Journal of Political Philosophy*, 28, 4, 2020, 438-454.



accordi pre-concepimento sembra plausibile, sebbene non priva di ostacoli che al momento paiono difficilmente superabili. Infatti, l'approccio *ex ante* di tali accordi, già in discussione attualmente nel Regno Unito e in Olanda<sup>23</sup>, richiederebbe che il principio cardine del diritto di famiglia, *mater semper certa est*, fino ad oggi garanzia giuridica di contrasto agli accordi di GPA, laddove la gestante è considerata anche la madre legale perché è lei che dà alla luce il bambino, potrebbe cedere gradualmente il posto ad una procedura contrattuale istituzionalizzata, dove gli aspiranti genitori diventano automaticamente i genitori legali alla nascita del bambino. In una tale prospettiva la gestante sarebbe qualificata quale “portatrice gestazionale”, venendo a meno la tutela del diritto della *madre-gestante* alla vita familiare tra lei e il bambino che dà alla luce e viceversa. In diversi Stati, come Grecia, Israele e Sud Africa, è in vigore da tempo un sistema di autorizzazione pre-concepimento degli accordi di GPA in relazione ai quali i dati empirici a disposizione mostrano che la procedura gestita dai tribunali si configura più come una serie di passaggi burocratici formali, piuttosto che una valutazione discrezionale delle motivazioni alla base dell'accordo di GPA<sup>24</sup>. Tuttavia, in prospettiva critica, occorre tenere presente che un approccio di questo tipo si espone al rischio di impoverire le funzioni del diritto di famiglia. Il (bio)diritto ha importanti effetti istituzionali e simbolici, ma in quest'ottica sarebbe tradotto in un rigoroso processo amministrativo, configurandosi come un ibrido tra diritto di famiglia e diritto contrattuale.

Si ritiene che le ragioni normative che potrebbero legittimare una presa in carico istituzionalizzata degli accordi di GPA dovrebbero garantire almeno tre aspetti fondamentali: l'accordo di GPA deve essere annullabile, la gestante conserva tutti i diritti decisionali sul proprio corpo durante la gravidanza, lo Stato è coinvolto in una politica riproduttiva di primo ordine co-progettando gli accordi riproduttivi dei suoi cittadini.

---

<sup>23</sup> Law Commission of England and Wales and the Scottish Law Commission (UK Law Commissions), *Building families through surrogacy: a new law. Summary of consultation paper*, 2019, [https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2023/03/LC\\_Surrogacy\\_Summary\\_of\\_Report\\_2023.pdf](https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2023/03/LC_Surrogacy_Summary_of_Report_2023.pdf).

<sup>24</sup> B. VAN BEERS, L. BOSCH, *A Revolution by Stealth: A Legal-Ethical Analysis of the Rise of Pre-Conception Authorization of Surrogacy Agreements*, in *The New Bioethics*, 26, 4, 2020, 351-371.