

Gestazione per altri e turismo procreativo: dalla proibizione alla regolamentazione?

Ilja Richard Pavone*

GESTATIONAL SURROGACY AND REPRODUCTIVE TOURISM: FROM PROHIBITION TO REGULATION

ABSTRACT: Gestational surrogacy involves numerous legal issues that vary significantly across different jurisdictions. The complexity of these legal issues arises from the involvement of multiple parties (the intended parents, the surrogate mother, the child, and the clinics that offer reproductive services). The main bioethical and legal issues associated with gestational surrogacy, its relationship with human rights standards, credible legal solutions will be analyzed in the present paper.

KEYWORDS: Gestational surrogacy; human rights; procreative tourism; prohibition; regulation

ABSTRACT: La Gestazione per altri (GPA) implica diverse questioni giuridiche che variano a seconda della giurisdizione interessata. La complessità di tali problematiche giuridiche è legata alla molteplicità dei soggetti coinvolti (i genitori intenzionali, la madre surrogata, il bambino, le cliniche che offrono servizi riproduttivi). L'articolo ha l'obiettivo di analizzare i principali temi bioetici e giuridici associati alla GPA, la relazione di tale tecnica con gli standard sui diritti umani e proporre possibili soluzioni legislative.

PAROLE CHIAVE: Gestazione per altri; diritti umani; turismo procreativo; proibizione; regolamentazione

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Considerazioni bioetiche e di *policy* – 3. I diversi approcci legislativi – 4. I diritti, gli interessi e le vulnerabilità dei soggetti coinvolti – 4.1. I genitori committenti – 4.2. La gestante – 4.2.1. Argomenti contrari alla possibilità di affittare il proprio utero – 4.2.2. Elementi a favore della possibilità di affittare il proprio utero – 4.3. Il minore e il *best interest* quale elemento chiave della giurisprudenza – 5. Norme internazionali

* Ilja Richard Pavone, Primo Ricercatore, Head of the Biolaw Unit, Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR). Professore in Normative europee sulle biotecnologie, Università Cattolica del Sacro Cuore, Roma. Mail: iljarichard.pavone@cnr.it. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

relative alla gestazione per altri – 5.1. L'ONU – 5.2 Le organizzazioni regionali europee – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il fenomeno della maternità surrogata – o meglio gestazione per altri (GPA) – è ben conosciuto sin dall'antichità. Vi sono riferimenti alla maternità surrogata nella Bibbia:

«Rachele vedendo che non le era concesso di procreare figli a Giacobbe, [disse]: ecco la mia serva Bila: unisciti a lei, così che partorisca sulle mie ginocchia e abbia anch'io la mia prole per mezzo di lei»¹.

Anche in Estremo Oriente, in Giappone, la gestazione per altri è stata ampiamente diffusa fino alla fine del XIX secolo attraverso un sistema noto come *meka-ke-bouko* ("*meka*" significa concubina, e "*bouko*" serva). Una donna al servizio di un padrone portava a termine una gravidanza per suo conto e cedeva poi il nascituro alla famiglia presso cui lavorava.

A differenza della gestazione per altri tradizionale praticata nel passato, in cui la gestante era anche la madre biologica del bambino, quella gestazionale – che viene effettuata grazie alle moderne tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) – prevede l'ovocita da donatore esterno (oltre al seme maschile generalmente fornito dal padre biologico del bambino).

Gli sviluppi nel settore della PMA e la trasformazione della famiglia danno origine ad una vasta gamma di casi, dall'utero in affitto, all'inseminazione da donatore esterno, all'adozione da parte di coppie dello stesso sesso, in cui il fattore biologico ha un valore sempre minore.

La GPA solleva dilemmi bioetici riguardanti lo sfruttamento delle madri surrogate nel mercato globale, la questione di genere e la povertà, la crescita esponenziale del turismo procreativo come risultato delle differenze legislative a livello nazionale, il ruolo delle agenzie intermediatrici e gli squilibri geografici e socioeconomici tra fornitori e compratori, i minori utilizzati come merci².

Molti Stati europei (tra cui l'Italia) vietano tale pratica in quanto in contrasto con il *principio cardine* del biodiritto relativo alla non commerciabilità del proprio corpo³ e la consuetudine del diritto di famiglia degli ordinamenti di *civil law*, *mater semper certa est*⁴. Essi si devono, tuttavia, confrontare con il problema del riconoscimento dei minori nati in seguito a contratti di maternità surrogata stipulati all'estero pur essendo illegali nel Paese di cittadinanza delle coppie che ricorrono a tali servizi.

¹ Genesi, 30, 1-3.

² Fino al 2015, il mercato era prevalentemente localizzato nel Sud-Est Asiatico. Da quando alcuni di questi Stati hanno vietato il ricorso alla maternità surrogata da parte di cittadini di Paesi europei (ad esempio, l'India), si è affermato un nuovo mercato, quello dell'Est Europa. In Ucraina alcune cliniche – nonostante la guerra – ancora forniscono servizi di maternità surrogata, dalla scelta della gestante, alla donatrice di ovuli, fino alla Diagnosi Genetica Preimpianto. Queste cliniche, descritte come "children factories" – sono rimaste operative nonostante in conflitto tra Russia e Ucraina; molte donne, avendo i mariti al fronte, si sono prestate alla pratica dell'utero in affitto per avere una fonte di guadagno e sostenere i propri figli. L. RENZO TONDO, A. MAZHULIN, "The bombs won't stop us": business brisk at Ukraine's surrogacy clinics, in *The Guardian*, 26 July 2023, reperibile su: <https://www.theguardian.com/world/2023/jul/26/the-bombs-wont-stop-us-business-brisk-at-ukraines-surrogacy-clinics>.

³ Per approfondimenti, L. D'AVACK, *Il potere sul corpo. Limiti etici e giuridici*, Torino, 2015, 33.

⁴ I. CORTI *La maternità per sostituzione*, in S. Canestrari, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo, Tomo I*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1479-1496.

In particolar modo, nella determinazione della parentela, il legame biologico ‘perde terreno’ nella giurisprudenza domestica ed internazionale, a favore della volontà di diventare genitori e formare una famiglia nell’ottica del diritto del minore ad avere una famiglia⁵.

L’elemento emergente – che è alla base del presente studio – è collegato al fatto che gli ordinamenti giuridici che adottano un approccio restrittivo rispetto alla gestazione per altri sono soggetti ad una crescente pressione causata dai ricorsi dei presunti genitori. Davanti al *fait accompli* della nascita di questi bambini all’estero – anche se in violazione di norme nazionali – i sistemi giudiziari nazionali sono costretti a cooperare con i genitori surrogati in virtù del principio del miglior interesse del minore ad avere una famiglia.

Risulta evidente che restrizioni o divieti su base nazionale vengano poi “bypassati” dalle coppie che si recano all’estero per accedere a servizi procreativi, e il margine di apprezzamento degli Stati nel vietare tali pratiche, in virtù dei principi dell’ordine pubblico e del miglior interesse della gestante e del minore, si siano progressivamente ridotti.

In linea con quanto previsto da parte della dottrina, si sosterrà che proprio alla luce della *logique du fait accompli* applicata da diversi tribunali sia nazionali che sovranazionali investiti dai ricorsi dei futuri genitori quando venga loro negato di registrare il minore in patria, sarebbe necessario regolamentare la materia in materia proattiva, come nel caso dei Paesi Bassi e del Regno Unito⁶. In questi due Paesi, come si vedrà, la gestazione per altri è ammessa previo rispetto di rigide condizioni (tra cui l’assenza di un compenso per la gestante) e l’autorizzazione da parte di un tribunale.

Si metterà in risalto, infine, il paradosso proprio di legislazioni restrittive (si pensi al reato universale introdotto in Italia) – adottate per tutelare i diritti della gestante e del nascituro – che producono invece la contraddizione di alimentare il business delle cliniche private che offrono servizi di gestazione per altri e danno origine a cause legali, ricorsi a tribunali e una profonda incertezza sul piano giuridico in merito al contrasto con alcuni diritti fondamentali (tra cui il diritto a procreare e a formare una famiglia).

A tal riguardo, si evidenzierà che un’armonizzazione internazionale delle norme sulla gestazione per altri, sotto gli auspici dell’*International Labour Organization* (ILO), che riconosca specifici diritti alla madre surrogata in quanto “lavoratrice” – sebbene potenzialmente desiderabile e auspicata dalla

⁵ La Corte Costituzionale nella sentenza 162/2014 (attraverso cui è caduto il divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legge n. 40/2004) ha dichiarato infatti che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia» (par. 12). Per approfondimenti, v. S. TOMASI, *Forme possibili di genitorialità nella retorica del silenzio*, in *questa rivista*, 2024, 185-196.

⁶ In Italia, la Corte di Cassazione ha adottato una posizione rigida (Corte di Cassazione - sez. I civ. - ord. 85/2024: Riconoscimento del padre d'intenzione nell'atto di nascita a seguito di maternità surrogata 3 gennaio 2024), in contro tendenza rispetto alla posizione assunta dai tribunali di altri Paesi europei e dalla stessa Corte di Strasburgo. La Corte ha rifiutato la richiesta di una coppia omosessuale di modificare l’atto di nascita di due bambini nati tramite gestazione per altri negli Stati Uniti. Il seme proveniva da un membro della coppia, il cui nome era già presente nell’atto di nascita italiano. La richiesta era volta ad aggiungere il nome del secondo genitore. V. L. LEO, *Minore nato all’estero mediante ricorso alla surrogazione di maternità: mancata indicazione del genitore d’intenzione nell’atto di nascita e provenienza genetica*, in *Famiglia. Il diritto di famiglia e delle successioni in Europa*, 2024, <https://www.rivistafamiglia.it/2024/01/11/minore-nato-allestero-mediante-ricorso-alla-surrogazione-di-maternita-mancata-indicazione-del-genitore-dintenzione-nellatto-di-nascita-e-provenienza-genetica/>.

dottrina – sia improbabile data l’assenza di un consensus sulla materia.⁷ Stando così le cose, sarebbe preferibile che i singoli Stati intervenissero con un approccio proattivo – sul modello dei Paesi Bassi o del Regno Unito – in maniera tale da tutelare i diritti e gli interessi di tutti i soggetti coinvolti (il minore, la madre surrogata e i futuri genitori).

2. Considerazioni bioetiche e di policy

La PMA è una pratica medica ormai diffusa nei sistemi sanitari di numerosi Stati. La tappa più importante del processo che ha portato allo sviluppo e diffusione delle tecniche di procreazione assistita è rappresentata dalla nascita Louis Brown la prima bambina nata in seguito a IVF (*In Vitro Fertilization*), procedura ormai comunemente accettata e praticata⁸. Con lo sviluppo delle *Artificial Reproduction Techniques* (ART) si sono generati nuovi diritti, quali, il diritto ad avere un figlio privo di serie malattie genetiche; il diritto ad avere accesso alle tecniche di riproduzione medicalmente assistita; il diritto ad un adeguato *genetic counselling*⁹.

La Corte di Strasburgo, nei casi *Dickson vs United Kingdom* ed *Evans vs United Kingdom*, ha espressamente affermato che rientra nell’ambito di applicazione dell’articolo 8 della CEDU (“rispetto della vita privata e familiare”) il diritto per le coppie di concepire un figlio mediante il ricorso alle tecniche di PMA¹⁰.

Inoltre, si è avuto un riconoscimento pubblico del problema della sterilità e dell’infertilità come questione medica e sociale. Secondo l’Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) l’infertilità viene classificata come una malattia del sistema riproduttivo maschile o femminile definita dall’impossibilità di avere una gravidanza dopo 12 mesi di rapporti sessuali non protetti (infertilità primaria)¹¹.

Viene definita infertilità secondaria la condizione per cui una donna non riesce a portare a termine una gravidanza e ha frequenti aborti spontanei¹². Le cause dell’elevata percentuale di coppie sterili nei Paesi industrializzati sono principalmente legate all’epoca tardiva del concepimento.

Richiamando un’etica utilitarista¹³ vi sono molti argomenti a favore del ricorso alle nuove tecniche procreative: il libero affidamento alla PMA promuove la libertà individuale, l’autonomia e l’autodeterminazione della persona ed è in linea con il rispetto della privacy e del diritto di fondare una famiglia¹⁴.

⁷ Si veda, ad esempio, M. SARKAR, *When Maternity is Paid Work: Commercial Gestational Surrogacy at the Turn of the Twenty-First Century*, in E. BORIS, D. HOEHTKER, S. ZIMMERMAN (eds), *Women’s ILO. Transnational Networks, Global Labour Standards, and Gender Equity, 1919 to Present*, Leiden, 2018, 340-364.

⁸ D. EVANS, N. PICKERING, *Conceiving the Embryo: Ethics, Law, and Practice in Human Embryology*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

⁹ L. D’AVACK, *op. cit.*, 2.

¹⁰ G.C. PALOMARES, *Right to family life and access to medically assisted procreation in the case law of the European Court of Human Rights*, in M. PASCUAL, A. TORRES PÉREZ (eds), *The right to family life in the European Union*, London, 2017, 98.

¹¹ <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>.

¹² <https://www.iss.it/infertilit%C3%A0-e-pma>.

¹³ Per approfondimenti sull’etica utilitarista in bioetica, v. L. PALAZZANI, *Biogiuridica. Teorie, questioni, analisi*, Giappichelli, Torino, 2021, 1 ss.

¹⁴ Argomenti contrari (per porre un limite alla libertà di accesso alle ART) sono rappresentata dalla protezione dell’embrione considerato alla stregua di una persona, dalla tutela della famiglia tradizionale, e dal rischio di una

Dal punto di vista del nascituro, promuove il suo miglior interesse ad avere un nucleo familiare che gli possa garantire un'elevata qualità di vita¹⁵.

Se, da un lato, la creazione o produzione di embrioni umani *in vitro* ha aperto la strada ad un insieme di tecniche volte a contrastare l'infertilità o la sterilità, separando la riproduzione dall'atto sessuale, dall'altro lato ha rimodellato il concetto tradizionale di famiglia che non è più legato ai valori tradizionali (prossimità genetica e madre e padri entrambi donatori dei gameti)¹⁶.

Al riguardo, vanno individuate varie opportunità. La fecondazione omologa si avvale di tecniche che prevedono l'impiego dei gameti della coppia. Nella fecondazione eterologa (*artificial insemination from a donor* – AID) – che è la tecnica utilizzata per la gestazione per altri – uno dei due gameti, o entrambi, non provengono da uno dei due partner, ma da un donatore o da una donatrice esterni alla coppia¹⁷.

La diagnosi genetica preimpianto fa riferimento ad un insieme di tecniche che individuano la presenza di anomalie cromosomiche e/o patologie genetiche in presenza di genitori che siano portatori di serie malattie genetiche. Mediante una semplice IVF si possono selezionare gli embrioni sani che saranno poi impiantati in utero¹⁸.

Preme in questa sede osservare che la presenza di ordinamenti giuridici rigidi che prevedono un divieto assoluto di alcune tecniche, tra cui la fecondazione eterologa e il ricorso alla GPA, producono l'effetto collaterale di alimentare il "turismo procreativo", espressione coniata da Knoppers e Lebris¹⁹. Il turismo procreativo – che è pertanto, promosso indirettamente dall'eccessiva eterogeneità delle legislazioni domestiche (che saranno oggetto di analisi nel paragrafo seguente) – fa riferimento a quel fenomeno per cui individui o coppie che hanno il desiderio di avere un figlio e che hanno bisogno per diversi motivi (problemi di infertilità o sterilità, orientamento sessuale, stato civile) di avere accesso a particolari tecniche di fecondazione eterologa, si recano all'estero dove vi sono legislazioni più permissive, svuotando di alcuna efficacia giuridica le normative nazionali²⁰.

Nella gestazione per altri vi sono agenzie o cliniche che offrono una serie di servizi ai genitori committenti; ciò include la possibilità di scegliere la donatrice di gameti o la madre surrogata, determinati tratti somatici del futuro bambino, incluso il sesso. Inoltre, viene offerta la possibilità di effettuare uno screening genetico degli embrioni al fine di assicurare alla coppia un "healthy child".

Vi è un trend crescente della globalizzazione della procreazione artificiale ed in particolar modo del turismo della surrogazione. Tale fenomeno che è sicuramente negativo, discriminatorio e lesivo di diversi diritti fondamentali della persona è stato interpretato in maniera originale come strumento di

deriva eugenetica nel caso dell'*embryo screening*. V.M. KOLTHOFF, *Assisted Reproduction and Primum Non Nocere*, in *AMA Journal of Ethics*, 2007, 605.

¹⁵ D.A. HAVEY, *The Right to Be Born*, in *Medicine and Law*, 1989, 475.

¹⁶ Per approfondimenti sulla rivoluzione della PMA, v. M. BALISTRERI, *Considerazioni bioetiche sulla riproduzione assistita e sulla maternità surrogata. Una critica della prospettiva conservatrice*, in *Etica & Politica*, XXIV, 2022, 265-286.

¹⁷ <https://www.burlo.trieste.it/fisiopatologia-della-riproduzione-umana-procreazione-medicalmente-assistita>.

¹⁸ <https://www.eugin.it/riproduzione-assistita/indagine-genetica/diagnosi-genetica-preimpianto/>.

¹⁹ B.M. KNOPPERS, S. LEBRIS, *Recent advances in medically assisted conception: legal, ethical and social issues*, in *American Journal of Law and Medicine*, 1991, 329.

²⁰ B. VAN BEERS, *Is Europe 'Giving in to Baby Markets'? reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of the Existing Legal Limits to Reproductive Markets*, in *Medical Law Review*, 2015, 107.

bilanciamento tra il riconoscimento del pluralismo morale delle società europee e il rispetto dell'autonomia riproduttiva dell'individuo²¹.

3. I diversi approcci legislativi

Sulla materia della gestazione per altri non esiste unanimità di vedute da parte degli Stati: si va da una completa *deregulation* ad un approccio chiuso o proibitivo.

Le leggi domestiche sulla gestazione per altri presentano una forte eterogeneità non solo a livello statale, ma sovente anche all'interno dei confini stessi in Stati federali (Australia, Messico e USA)²².

Si possono delineare tre diversi approcci legislativi, legati alla differente concezione giuridica di madre surrogata²³, alla differente interpretazione del principio del miglior interesse del nascituro e del concetto di autonomia riproduttiva.

Come sottolineato da Linda Nielsen, «there is a broad choice between aiming, on the one hand, at a uniform minimum threshold of law and regulation – thus emphasizing individual freedom of choice – and on the other hand, at a uniform maximum coverage of law and regulation – thus emphasizing societal protection of future children issuing from assisted conception»²⁴.

Nel modello proibizionista o chiuso, la gestante viene considerata come un soggetto che viene strumentalizzato dai futuri genitori e viene utilizzato da loro come una sorta di incubatrice, mentre il bambino subirà un serio danno dall'essere separato dalla madre che lo ha portato in grembo²⁵. Secondo un discorso pragmatico-consequenzialista, inoltre, gli effetti anticipati sfavorevoli (sfruttamento dei più deboli, incremento del traffico di organi e dell'affitto di uteri tramite agenzie intermediatrici che lucrano, riduzione della solidarietà, assenza di donazione), eccedono quelli considerati favorevoli.²⁶ Si ha una visione classica della maternità come frutto di un legame biologico tra madre e figlio (*mater semper certa est*) e si attuano principi propri della cultura bioetica europea, quali l'indisponibilità e la non commerciabilità del proprio corpo (ad esempio, Austria, Francia, Germania, Italia, e fuori dall'Europa il Giappone alcuni Stati negli USA)²⁷. Pertanto, la c.d. mercificazione della riproduzione mediante l'assegnazione di un valore monetario alla gravidanza e la sua subordinazione a logiche di mercato la rendono inaccettabile sotto il profilo bioetico²⁸.

²¹ G. PENNING, *Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion*, in *Journal of Medical Ethics*, 2003, 337-341.

²² K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, eds., *International Surrogacy Arrangements*, London, 2013, 256-257.

²³ In tal senso, M. COTTIER, *Die instrumentalisierte Frau: Rechtliche Konstruktionen der Leihmutterchaft*, in *Juridikum* 2/2016, 188-198.

²⁴ L. NIELSEN, *Legal Consensus and Divergence in Europe in the Area of Assisted Conception – Room for Harmonization*, in D. EVANS (eds), *Creating the Child. The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation*, Leiden, 1996, 305-324, at 305.

²⁵ M. AGNAFORS, *The harm argument against surrogacy revisited: two versions not to forget*, in *Medicine Health Care and Philosophy*, 2014, 357-363.

²⁶ E.S. ANDERSON, *Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales*, in *Health Care Annals*, 2000, 19-26.

²⁷ M. HAYRI, *European Values in Bioethics: Why, What and How to be Used?*, in *Theoretical Medicine* 24, 2003, 199-214.

²⁸ C. VOIGHT, J.H. LAING, *Journey into Parenthood: Commodification of Reproduction as a New Tourism Niche Market*, in *Journal of Travel & Tourism Marketing*, 2010, 252-268, 253.

Secondo tale posizione – di impostazione kantiana – si intende preservare l'integrità del corpo in quanto substrato indissociabile della persona di cui costituisce la manifestazione fisica²⁹. Tutti gli atti dispositivi del proprio corpo (inclusa l'eutanasia attiva e il suicidio assistito) devono rimanere eventi eccezionali (sono validi esclusivamente seguendo la logica del dono), e gli atti con cui si trasferiscono, in determinate circostanze, organi, o si mettono a disposizione il proprio utero, sono considerati come gesti super erogatori circondati da un profondo rispetto morale.

Tale approccio restrittivo si riflette nelle scelte relative a questioni sensibili relative all'inizio vita (ricerca scientifica sull'embrione, fecondazione eterologa) o al fine vita (suicidio assistito ed eutanasia attiva).

Questo modello – pur riconoscendo una pluralità di valori nella società – pone la dignità della donna (nella sua interpretazione più restrittiva) come principio fondante che sarebbe leso da una pratica di commercializzazione del proprio utero³⁰. Per quanto riguarda i diritti del nascituro, si vuole evitare quello che viene considerato come "traffico o sfruttamento di minori".

L'impianto proibizionista è stato confermato in diversi Paesi europei³¹ (in controtendenza rispetto alle aperture giurisprudenziali di alcuni tribunali internazionali, come la Corte di Strasburgo che riconoscono invece il diritto superiore del minore a vedere trascritto il proprio atto di nascita formato all'estero anche in violazione di leggi nazionali). In Francia vi è stata una riforma della *Loi de Bioéthique* nel 2021 che ha confermato la nullità di qualsiasi contratto che preveda la surrogazione di maternità. In Spagna, la Legge organica n. 1/2023 ("de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo") sancisce la nullità del contratto di surrogazione³².

In Italia il 16 ottobre 2024, con l'adozione del D.d.l. n. 824/2024 recante modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano³³, è stato stabilito che la GPA è un reato universale, pertanto, un fatto perseguibile in Italia anche se non vietato nel Paese in cui si è fatto ricorso all'utero in affitto³⁴. L'emendamento approvato aggiunge al comma dell'art. 12, della Legge n. 40 la seguente dicitura "se i

²⁹ V. I. KANT, *Lezioni di etica*, Roma-Bari, 1991, 160 ss. Sul pensiero kantiano relativo all'integrità del proprio corpo, v. RUTH F. CHADWICK, *The Market for Bodily Parts: Kant and duties to oneself*, in *Journal of Applied Philosophy*, 1989, 129-139.

³⁰ Sul concetto di dignità nel diritto internazionale dei diritti umani, A. DI STASI, *Human Dignity: From Cornerstone in International Human Rights Law to Cornerstone in International Biolaw?* in S. NEGRI (Eds.), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 3-22.

³¹ In tal senso, S. PENASA, G. ROMEO, *Dilemmi morali e garanzie legali: la maternità surrogata come questione globale*, in *DPCE online*, 2023, 3.

³² S. BASSAN, *Can Human Rights Protect Surrogate women in The Cross-Border Market?*, in M. JÄNTERÄ-JAREBORG & H. TIGROUDIA (eds.) *Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination*, The Hague Academy of International Law, Leiden, 2016.

³³ <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Normativa/D.d.l.-824-2024-Perseguibilita-del-reato-di-gestazione-per-altri>.

³⁴ https://www.senato.it/3818?seduta_assemblea=25589. Per approfondimenti, v. I. CORTI, "Gravidanza per altri e reato "universale": quali effetti su bimbe e bimbi, mamme e papà?", in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, online first, 5 aprile 2024, 1-13.

fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana³⁵.

La Corte europea dei diritti umani (o Corte di Strasburgo) in casi riguardanti Francia e Italia (v. su tutti i “key cases” *Menesson v. France* e *Campanelli v. Italy*)³⁶ si è dovuta confrontare con la necessità di riconciliare gli interessi di ordine pubblico inerenti i legittimi divieti legislativi della gestazione per altri e la necessità di tutelare allo stesso tempo l'interesse di un minore ad avere una famiglia e dei genitori intenzionali ad avere dei figli³⁷. La tendenza, come si vedrà, è quella del riconoscimento del *fait accompli* ma solo in presenza di un legame genetico tra padre biologico e bimbi nato in seguito a gestazione per altri³⁸.

I divieti legislativi in atto in questi Stati non scoraggiano il ricorso a tali pratiche in quanto se ci si sposta ai confini dell'Unione europea, nell'Europa dell'Est, cliniche specializzate offrono i servizi di maternità surrogata in Georgia al costo di 60,000 \$ (solo coppie eterosessuali)³⁹ e in Ucraina, nonostante la guerra, cliniche private offrono servizi vari (dalla scelta della madre surrogata alla scelta della donatrice di ovulo fino alla diagnosi genetica preimpianto). La legislazione ucraina, infatti, attribuisce la maternità e la paternità ai genitori committenti automaticamente con la nascita del bambino⁴⁰.

Un secondo modello legislativo è quello altruistico o “GPA solidale”, previsto in alcuni Stati dell'Australia, in Canada, India, Paesi Bassi, Regno Unito⁴¹.

Le autorità sono direttamente coinvolte nel procedimento in una fase preliminare o successiva alla nascita (nel Regno Unito, ad esempio, serve un “parental order” da parte di un tribunale), per cui il

³⁵ La Legge n.40/2004 già prima dell'adozione dell'emendamento vietava tale pratica, prevedendo al comma 6, Art. 12 «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro». V. A. SCHILLACI, *La gestazione per altri. Una sfida per il diritto*, in *questa rivista*, 2022, 49-70; S. TONOLO, *Adoption v. Surrogacy: New Perspectives on the Parental Projects of Same-Sex Couples*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, 132-145.

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menesson v. Francia*, n. 65192/11; *Campanelli v. Italia*, n. 25358/12.

³⁷ Per approfondimenti, L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSDe, Collana “Studi di Genere. Convegni”, Vol. 5, Torino, 2019, 162.

³⁸ In tal senso, S. ZULLO, *Dal divieto alla regolamentazione “a contratto” della gestazione per altri. Ragioni normative a confronto*, in *questa rivista*, 2024, 122.

³⁹ La Georgia è diventata una destinazione popolare per la maternità surrogata grazie alla sua legislazione favorevole e alle infrastrutture mediche avanzate. Ci sono diverse cliniche specializzate nella maternità surrogata in Georgia, tra cui: <https://www.newlifegeorgia.com/>.

⁴⁰ L' art. 123, para. 2 del Codice della Famiglia ucraino riformato nel 2022 prevede che «if an ovum conceived by the spouses is implanted to another woman, the spouses shall be the parents of the child». In Grecia è possibile ricorrere alla gestazione per altri in presenza di coppie eterosessuali sposate o non sposate e per donne single under 50. È necessaria una previa autorizzazione da parte del tribunale e il percorso prevede un processo di valutazione psicologica della coppia. Ulteriori condizioni sono: l'ovulo da donatore esterno e un limite monetario al compenso per la gestante che non può superare le “spese ragionevoli” (par. 4 della Law 3305/2005, conosciuta come “Law on Medically Assisted Procreation” o “Assisted Reproduction Law”).

⁴¹ K. HORSEY, *The future of surrogacy: a review of current global trends and national landscapes*, in *Reproductive biomedicine online*, 2024, 1-16.

concepimento e la nascita del bambino sono ben lontani dall'essere un *fait accompli*⁴². Possono ricorrere ai servizi di GPA donne con comprovati problemi di infertilità (ad esempio, assenza o malformazione dell'utero, ripetuti aborti spontanei, ripetuti fallimenti dell'impianto di embrioni in utero attraverso tecniche di IVF), coppie omosessuali e single (ma devono avere donato il seme maschile o l'ovulo) che desiderano formare una famiglia. I due elementi fondamentali del sistema vigente in Regno Unito sono legati al divieto di remunerazione e al fatto che la madre surrogata è a tutti gli effetti la madre del bambino (anche in caso di donazione esterna di seme maschile e ovulo femminile), fintanto che una sentenza di un tribunale (il "parental order" del giudice) non attribuisca il bambino ai genitori committenti.

A determinate condizioni, la GPA solidale è ammessa anche nel Regno dei Paesi Bassi. I genitori committenti possono stipulare un contratto con un terzo che preveda un rimborso spese. La GPA commerciale rimane una pratica vietata ai sensi degli articoli 151 *b* e *c* del Codice Penale. Tuttavia, la nuova legge del 4 luglio 2023⁴³, che ha previsto emendamenti al Book 1 e al Book 10 del Codice Civile Olandese (*Burgerlijk Wetboek*), ha di fatto depenalizzato tale pratica (come tra l'altro, è avvenuto per l'eutanasia attiva e in suicidio assistito, che rimangono pratiche vietate dal Codice Penale, a meno che il medico non rispetti determinate condizioni previste dalle legge olandese)⁴⁴.

E' ora previsto che un giudice possa assegnare ai genitori committenti lo stato di genitori a pieno titolo prima della nascita del bambino, qualora siano soddisfatti i requisiti previsti dalla legge. Il contratto con la madre surrogata e il suo partner dovrà prevedere specifiche disposizioni inerenti il rimborso spese (stabilendo un limite massimo) e non dovrà stabilire alcuna forma di compenso. Gli emendamenti del 2023 definiscono «surrogate mother» come «the person who wishes to become or has become pregnant with the intention of giving birth to a child for the benefit of another person who wishes to become the parent of the child». Gli «Intended parents» sono definiti come «the person or two persons who wish to become the parent of a child born of a surrogate mother»⁴⁵.

In India (*Surrogacy Regulation Act 2021*) in seguito all'eccessivo ricorso alla gestazione per altri e all'eccessivo sfruttamento delle madri surrogate, alla luce delle loro condizioni di estrema povertà e scarsa alfabetizzazione, è ora solo ammesso l'affitto dell'utero a titolo gratuito (vengono pagate tutte le spese mediche correlate alla gravidanza). Allo stato attuale, è molto difficile avere accesso alla gestazione per altri in India per chi proviene da un altro Stato⁴⁶. Questo sistema non è strettamente liberale, dato che prevede un mercato (in questo caso di uteri e di gameti) sotto il controllo statale. Harris, aveva già proposto nel 2003 la possibilità di creare un vero e proprio "mercato etico" di organi e tessuti umani strettamente regolamentato, per evitare il fenomeno del traffico clandestino di organi⁴⁷.

Il problema del modello altruistico è l'inequiva distribuzione dei costi e dei benefici dei contratti di surrogazione e la mancanza del riconoscimento del lavoro riproduttivo. Come sottolineato

⁴² L. DUFALOVÁ, *Models of Surrogacy Regarding Establishment of the Legal Parenthood of the Intended Parents*, in *International Journal of Legal Studies*, 2020, 71-90, 81.

⁴³ "Bill to regulate surrogacy", *Wet kind, draagmoederschap en afstamming*.

⁴⁴ *Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act*, 1 Aprile 2002.

⁴⁵ *Burgerlijk Wetboek Boek 1*, art. 213(new).

⁴⁶ G. NARAYAN et al, *The Surrogacy Regulation Act of 2021: A Right Step Towards an Egalitarian and Inclusive Society?* in *Cureus*, 2023, 1.

⁴⁷ E.J. HARRIS, *An Ethics Market in Human Organs*, in *Journal of Medical Ethics*, 29, 2003, 137.

dall'antropologa Amrita Pande con riferimento al passaggio dell'India al sistema altruistico «In essence altruistic surrogacy forces women to provide services for free, under the guise of a moral celebration of their altruism»⁴⁸. In questo meccanismo, che si va imponendo in diversi Paesi europei (ad esempio, Belgio, Danimarca, Paesi Bassi), viene espresso il concetto di “reasonable expenses” che vengono riconosciute alla madre surrogata. Con tale nozione si fa riferimento ai costi che possono essere rimborsati alla donna per sostenerla durante il periodo di gravidanza e parto. Queste spese possono includere l'assistenza medica, come la copertura delle spese mediche correlate alla gravidanza, inclusi controlli medici, esami di laboratorio, visite prenatali, eventuali complicazioni mediche, spese ospedaliere durante il parto; le spese di vita (compensazione per il tempo perso dal lavoro, trasporti per gli appuntamenti medici, vitto e alloggio, acquisto di vestiti o altri beni necessari per la gravidanza e il parto, e altri costi associati al sostentamento durante il periodo della gravidanza); le spese legali (i costi legali per stipulare contratti tra le parti coinvolte nella maternità surrogata, inclusa l'assistenza legale per la madre surrogata e i genitori committenti).

Le spese ragionevoli possono variare a seconda della giurisdizione e delle circostanze specifiche della maternità surrogata, ma generalmente sono progettate per coprire le necessità della madre surrogata senza creare un incentivo finanziario al di là dei costi effettivi sostenuti. È importante che queste spese siano trasparenti e concordate in anticipo tramite un contratto legale per evitare controversie e abusi. Il terzo modello vede idealmente la gestante come fornitrice di servizi riproduttivi. Tale meccanismo riconducibile al sistema giuridico statunitense propone una pluralità di modelli di famiglia alternativi rispetto a quello tradizionale di matrice cattolica. L'approccio tipico dei sistemi di *common law* si caratterizza per la centralità dell'autonomia della persona e della sua autodeterminazione e dalla coesistenza di una pluralità di valori nella società⁴⁹.

Base giuridica dei contratti di surrogazione è fornita dalla nota decisione della Corte Suprema della California nel caso *Johnson v Calvert* (1993) in cui i giudici della Corte suprema della California riconobbero come genitori di un figlio nato da maternità surrogata i donatori dei gameti, escludendo la donna che aveva partorito il bambino⁵⁰.

Negli Stati Uniti vi sono Stati che presentano un atteggiamento di totale apertura nei confronti del fenomeno. Tra quelli di maggiore rilevanza si evidenziano il New Hampshire⁵¹, la California⁵² e lo Stato di New York⁵³.

⁴⁸ A. PANDE, *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, New York, 2014.

⁴⁹ In tal senso, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 70.

⁵⁰ M. ROSE, *Mothers and Authors: Johnson v. Calvert and the New Children of Our Imaginations*, in *Critical Inquiry*, 1996, 613.

⁵¹ *Surrogacy Revised Annotated Statutes*, 1990.

⁵² Le sezioni 7600-7730 del codice di famiglia della California stabiliscono il quadro giuridico per stabilire la genitorialità, comprese le disposizioni relative alla riproduzione assistita e alla maternità surrogata. Per approfondimenti, S. MOHAPATRA, *States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States*, in *New Cannibal Markets. Globalization and Commodification of the Human Body* (J. D. RAINHORN, S. EL BOUDAMOUSSI, eds.), Parigi, 2015, 81-98.

⁵³ Fino al 2020, lo stato di New York aveva una delle leggi più restrittive sulla GPA degli Stati Uniti, vietando esplicitamente la pratica e rendendo i contratti di surrogazione illegali e non applicabili. Tuttavia, nel 2020 è stata approvata la “Child-Parent Security Act”, che ha depenalizzato la GPA a fini non commerciali nello Stato di New

Questo sistema, centrato sul concetto di *privacy* come sfera di interessi prevalenti in cui lo Stato non può ingerirsi, ha il vantaggio di prevedere una diversa articolazione di interessi e possibili conflitti (ad esempio sul *decision-making*).

Nel Sud-Est Asiatico dopo il boom dei primi anni 2000 l'unico Paese ad ammettere indirettamente la gestazione per altri data l'assenza di una legislazione in materia è il Laos (è stata vietata in Cambogia e Thailandia).

Dati i costi elevati di una gestazione per altri negli USA, le lunghe liste di attesa in Canada, il mercato si è spostato verso mete più economiche, come appunto il Laos nel Sud Est Asiatico o Cipro, Georgia e Ucraina in Europa (c.d. "low cost surrogacy").

Come evidenziato nel presente paragrafo, la molteplicità dei soggetti coinvolti e le differenze legislative esistenti sollevano dilemmi etici e giuridici con riferimento agli 'attori' coinvolti nel processo legato alla gestazione per altri. Nei paragrafi successivi analizzeremo in dettaglio le vulnerabilità degli individui interessati, che sono i genitori committenti, la gestante e il concepito.

4. I diritti, gli interessi e le vulnerabilità dei soggetti coinvolti

La gestazione per altri prevede una pluralità di soggetti interessati o "stakeholders", ciascuno di essi portatori di specifici interessi, diritti, vulnerabilità.

In primo luogo, vi sono i genitori committenti. Si può trattare di una coppia eterosessuale – sposata o meno – con problemi di sterilità/infertilità. Altro caso è quello della coppia omosessuale o lesbica. In questi casi uno dei due padri donerà il proprio seme o una delle due madri donerà il proprio ovulo. Vi sono infine genitori single (uomo o donna) che intendono accedere ai servizi della GPA.

Generalmente ci sono agenzie che fungono da intermediatrici tra i futuri genitori ("intended parents", IP) e la gestante⁵⁴. Queste cliniche private permettono di scegliere tra le madri surrogate e le donatrici di ovuli e offrono servizi aggiuntivi quali la diagnosi genetica preimpianto o lo *screening* embrionale. La gestante, insieme alle donatrici di ovuli, mette a disposizione per terzi una parte del proprio corpo in cambio di un corrispettivo in denaro. Vi è, infine, il bambino che nasce a seguito del contratto di surrogazione. Si tratta di un mero commercio di minori o, invece, si attua il diritto a nascere e ad avere una qualità di vita elevata?

4.1. I genitori committenti

I genitori committenti – come visto – sono generalmente una coppia (eterosessuale o meno) che intende avere un figlio con un legame genetico. Il loro desiderio di rimanere genitori rimane frustrato da legislazioni restrittive, con il serio rischio che tale sentimento venga sfruttato dalle agenzie che fungono

York. In base a questa legge, le coppie e le persone singole che vivono nello stato di New York possono stipulare contratti di maternità surrogata con una madre surrogata, e il bambino nato attraverso questo processo sarà considerato legalmente il figlio dei genitori committenti. La legge include anche disposizioni per la consulenza legale e psicologica obbligatoria per tutte le parti coinvolte. Tuttavia, la legge impone alcune restrizioni, come ad esempio che la madre surrogata deve avere almeno 21 anni, avere già dato alla luce almeno un figlio, e avere completato una valutazione psicologica e legale. Inoltre, i genitori committenti devono fornire un'assicurazione sanitaria completa per la madre surrogata durante il periodo di gravidanza e per il neonato dopo la nascita.

⁵⁴ <https://www.ivfconceptions.com/>.

da intermediatrici. È opportuno, pertanto, chiedersi se alla luce dei cambiamenti avvenuti nella società sia possibile ricondurre l'accesso alla gestazione per altri ai diritti riproduttivi⁵⁵. Le costituzioni liberali implicitamente contengono un diritto a procreare⁵⁶. Il diritto a procreare (o anche autonomia procreativa) potrebbe essere costruito in termini di diritti negativi o positivi. In senso negativo, esso implica la non ingerenza da parte delle autorità statali nelle scelte procreative, che riguardano la sfera più intima di ogni coppia. In senso positivo, esso pone un obbligo per gli Stati di assistere le coppie, ad esempio fornendo gratuitamente tramite il servizio sanitario nazionale l'accesso alle tecniche di PMA, inclusa la diagnosi genetica preimpianto⁵⁷.

Un diritto a procreare in senso negativo può trarre fondamento nel principio di autodeterminazione e nel diritto di autonomia di controllare il proprio corpo e prendere importanti decisioni su sé stessi⁵⁸. In linea con l'interpretazione evolutiva dell'articolo 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali (diritto alla salute), il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha prodotto nel 2006 il commento generale no. 22 sul diritto alla salute riproduttiva e sessuale; in esso ha stabilito il principio fondamentale che riconosce «*the right to make free and responsible decisions and choices, free of violence, coercion and discrimination, regarding matters concerning one's body and sexual and reproductive health*» (Para. 5).⁵⁹ Il rapporto ha introdotto il concetto di "salute riproduttiva"⁶⁰.

Indubbiamente l'avvento delle tecnologie di riproduzione assistita ha dato origine a nuovi diritti, anche se non ancora codificati in trattati sui diritti umani.⁶¹ Essi includono il diritto di accedere alle tecniche di PMA (ad esempio, la fecondazione omologa, la donazione dei gameti) al fine di diventare genitori, in caso di infertilità o sterilità o questioni legate all'orientamento sessuale, incluso il diritto di dare alla

⁵⁵ In tal senso, V. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in questa rivista, 2016, 11 ss.

⁵⁶ J.L. HILL., *What does it mean to be a "Parent"? The claims of biology as a basis for parental rights*, in *New York University Law Review*, 1991, 353-420.

⁵⁷ C. MILLS, *Reproductive autonomy as self-making: procreative liberty and the practice of ethical subjectivity*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2013, 639-656.

⁵⁸ R. DWORKIN, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York: Knopf, 1993.

⁵⁹ General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). I diritti riproduttivi vennero formulati per la prima volta dalla Conferenza di Teheran (1968), che identificò la libertà di scelta in materia di pianificazione familiare come diritto fondamentale. La Conferenza di Pechino (IV Conferenza sulle donne, 1995) riconobbe libertà riproduttiva in relazione alla salute riproduttiva.

⁶⁰ Para. 94 «Reproductive health is a state of complete physical, social and mental well-being and not merely the absence of disease or infirmity, in all matters relating to the reproductive system and to its functions and processes. Reproductive health therefore implies that people are able to have a satisfying and safe sex life and that they have the capability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so».

⁶¹ La Convenzione europea sui diritti umani e la biomedicina (Oviedo, 1997) contiene una sola disposizione relativa ai diritti riproduttivi, l'articolo 14, che recita «The use of techniques of medically assisted procreation shall not be allowed for the purpose of choosing a future child's sex, except where serious hereditary sex-related disease is to be avoided». Per approfondimenti, I.R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano: Giuffrè, 2009, 48 ss.

luce un bambino privo di serie malattie genetiche ricorrendo alla Diagnosi Genetica Preimpianto (*Costa e Pavan v. Italy*)⁶².

Diversi tribunali internazionali hanno riconosciuto i diritti procreativi. Nel caso *Evans vs United Kingdom* (2007)⁶³, la Corte europea sui diritti umani ha espressamente affermato che rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 8 della CEDU *il diritto al rispetto della decisione di diventare genitori in senso genetico*⁶⁴.

La Corte interamericana dei diritti dell'uomo ha ritenuto che il divieto di fecondazione *in vitro* vigente in Costa Rica violasse i diritti alla privacy, alla libertà e integrità personale e al diritto a formare una famiglia, riconosciuto da diverse disposizioni della *Convención Americana*⁶⁵.

Il diritto internazionale dei diritti umani riconosce il diritto di fondare una famiglia nel contesto del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del diritto all'autodeterminazione⁶⁶. Il diritto di avere accesso ai progressi della scienza denota un *favor* verso l'accesso alle tecniche di PMA.

Tuttavia, il diritto internazionale se è vero che tutela il diritto di fondare una famiglia (anche mediante il ricorso alla PMA) non riconosce un «right to a child» e limitatamente il diritto «to a healthy child»⁶⁷. Come stabilito anche dall'*UN Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*, nel suo rapporto del 26 febbraio – 23 marzo 2018, «[a] child is not a good or service that the State can guarantee or provide, but rather a rights-bearing human being. Hence, providing a “right to a child” would be a fundamental denial of the equal human rights of the child. The “right to a child” approach must be resisted vigorously, for it undermines the fundamental premise of children as persons with human rights».

Pertanto, il diritto a procreare, così come ad avere accesso alle tecniche di PMA, non può essere interpretato in maniera estensiva fino a ricomprendere l'accesso ai servizi legati alla gestazione per altri, dato che si è in presenza di un terzo soggetto (la gestante) e vi è un notevole flusso di denaro che comporta di fatto l'acquisto di un bambino (anche so ciò, come vedremo, non rientra nella categoria dello “human trafficking”).

⁶² Corte europea sui diritti umani, *Costa e Pavan c. Italia*, n. 54270/10. La Corte di Strasburgo ha riconosciuto che «in the present case the Court considers that the applicants' desire to conceive a child unaffected by the genetic disease of which they are healthy carriers and to use ART and PGD to this end attracts the protection of Article 8, as this choice is a form of expression of their private and family life» (Para. 57). Per approfondimenti, v. G. PUPPINCK, *The Case of Costa and Pavan v. Italy and the Convergence between Human Rights and Biotechnologies. Commentary on the ECHR Ruling in Costa and Pavan v. Italy, No. 54270/10, 28th August 2012*, in *Quaderni di diritto, mercato, tecnologia*, 2013, 152-176.

⁶³ Corte Europea sui diritti umani, *Evans c. Regno Unito*, n. 6339/05.

⁶⁴ V. anche K, *Dickson c. Regno Unito*, no. 44362/04, par. 66.

⁶⁵ Corte Inter-Americana sui diritti umani, *Artavia Murillo y Otros c. Costa Rica* (2012). Le pratiche di PMA erano state giudicate incostituzionali dalla Corte Suprema del Costa Rica nel 2000, perché lesive del diritto alla vita dell'embrione.

⁶⁶ In tal senso, I.R. PAVONE, *Medically Assisted Procreation and International Human Rights Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2012, 155.

⁶⁷ C. DRAGHICI, *Procreative Rights in International Law. Insights from the European Court of Human Rights*, Cambridge, 2024, 168.

4.2. La gestante

4.2.1. Argomenti contrari alla possibilità di affittare il proprio utero

La madre surrogata è un soggetto vulnerabile (specialmente se proviene da un PVS), in quanto vi è di fondo una disegualianza tra le parti sotto il profilo economico, sociale e culturale. Per questo motivo la gestazione per altri è stata bandita in tutti i Paesi del Sud-Est Asiatico (ad eccezione del Laos) dopo l'eccessivo ricorso all'utero in affitto in questa regione da parte di coppie provenienti da Paesi industrializzati.

All'inizio molte delle preoccupazioni riguardanti la gestazione per altri rispecchiavano quelle riguardanti la prostituzione, con particolare riferimento alle disparità di genere⁶⁸. Questo ultimo elemento viene amplificato dal fatto che nella surrogazione la realtà biologica è che solo le donne possono essere gestanti e che la domanda per parti del corpo femminile, nello specifico gli ovuli e l'utero, non può essere soddisfatta che da donne. Dato il rischio di sfruttamento e mercificazione del proprio corpo, parte della letteratura femminista ha equiparato tale pratica alla prostituzione⁶⁹.

La povertà è un fattore in quello che viene considerato commercio di uteri specialmente nei PVS. Il denaro può avere una forza coercitiva su individui che non hanno nulla altro che i loro corpi (organi, utero) da vendere⁷⁰. Questo rischio è reale sia nell'ambito della prostituzione che della vendita degli organi. Si pensi al caso dell'Ucraina; in un contesto di guerra con i mariti impegnati al fronte, alle donne non rimane che l'alternativa della prostituzione o dell'affitto dell'utero per guadagnare del denaro.

Dal momento che le donne tendono ad essere a maggior rischio di marginalizzazione e sfruttamento, in particolare in società conservatrici o colpite dalla povertà del Sud-Est Asiatico, sono state sollevate preoccupazioni sull'assenza di un reale consenso informato delle gestanti e su un rischio di coercizione⁷¹.

La stratificazione della riproduzione nei PVS⁷² ha portato la sociologa USA Barbara Rothman a domandarsi «*can we look forward to baby farms, with white embryos grown in young and Third world women?*»⁷³, domanda legittima al picco del turismo procreativo nel Sud-Est Asiatico tra il 2000 e il 2010. Tuttavia, ultimamente il mercato si è spostato verso l'Est Europa (Federazione Russa, Georgia, Ucraina)

⁶⁸ A. DONCHIN, *Reproductive Tourism and the Quest for Global Gender Justice*, in *Bioethics* 2010, 323; J.M. SERA, *Surrogacy and Prostitution: A Comparative Analysis*, in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 1997, 315.

⁶⁹ M.F. BRINIG, *A Maternalistic Approach to Surrogacy: Comment on Richard Epstein's Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*, in *Virginia Law Review*, 1995, 2337 (referring to surrogacy as "baby brokering"); K. B. LIEBER, *Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?*, in *Indiana Law Journal*, 1992, 211.

⁷⁰ A. PANDE, *At Least I am not Sleeping with Anyone: Resisting the Stigma of Commercial Surrogacy in India*, in *Feminist Studies* 2010, 295.

⁷¹ Sul concetto di consenso informato, S. NEGRI, *The Right to Informed Consent at the Convergence of International Biolaw and International Human Rights Law*, in S. NEGRI (Eds.), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care*, Leiden, 2011, 23-72.

⁷² D. DEOMAMPO, *Transnational Reproduction: Race, kinship, and commercial surrogacy in India. Vol. 1.*, New York, 2016; FW Twine, *Outsourcing the Womb: Race, class and gestational surrogacy in a global market*, Routledge, 2015.

⁷³ B.K. ROTHMAN, *Reproductive Technology and the Commodification of Life*, in E.H. BARUCH et al. (eds.), *Embryos, Ethics, and Women's Rights: Exploring the new reproductive technologies*, New York, 1988, 95.



e nuove mete nel Mediterraneo (ad esempio, Cipro e Grecia), alla luce delle restrizioni legislative nel Sud-Est Asiatico. Se è vero che le donne di questi Paesi non vertono nella stessa situazione di povertà delle donne dei PVS e hanno per lo meno un tasso di alfabetizzazione maggiore, vivono comunque in contesti di disagio socio-economico e nel caso dell'Ucraina di conflitto armato in corso.

Queste destinazioni sono assai popolari in quanto offrono servizi di riproduzione assistita a un costo assai minore che negli Stati Uniti, che è il solo Paese industrializzato dove la GPA non solidaristica è legale e regolamentata in alcuni Stati.

A tal riguardo, a giudizio di Mohapatra vi sarebbe una forma di ipocrisia da parte di molti Paesi che vietano la maternità surrogata sul loro territorio su basi morali, ma non prevedono soluzioni al problema dei propri cittadini che si avvalgono del turismo procreativo cercando servizi riproduttivi all'estero⁷⁴. In realtà, i Paesi che vietano sul loro territorio tale pratica hanno un limitato margine di apprezzamento nell'impedire la registrazione del minore nato all'estero, dato che manca un *consensus* tra gli Stati sul proibire la gestazione per altri e la tendenza della giurisprudenza a riconoscere sempre più spesso il legame di parentela tra il minore e i futuri genitori.

A tal proposito, è stato sostenuto che sminuire la capacità delle donne di prendere le proprie decisioni in maniera autonoma sia paternalistico ed elitario⁷⁵. A sostegno di tale tesi, Lee sostiene che negli Stati Uniti lo stereotipo delle donne che decidono di diventare madri surrogate principalmente per motivi finanziari legati alla povertà non è vero⁷⁶. In realtà si tratta di donne che hanno già formato una famiglia (hanno, pertanto, un marito e uno o più figli propri), appartengono al ceto medio della società, e decidono in piena libertà di guadagnare somme di denaro.

Vi è poi la questione del legame con il figlio che la donna porta in grembo che viene spezzato anche se la gestante non è la madre biologica. Alcuni bioeticisti sostengono che la mercificazione del proprio corpo che deriva dalla scissione di tale legame, si pone talmente in contrasto con il principio del rispetto della dignità umana che è eticamente inaccettabile⁷⁷.

4.2.2. Elementi a favore della possibilità di affittare il proprio utero

La scelta della donna di affittare il proprio utero tramite un regolare contratto che preveda un corrispettivo in denaro (o un "ragionevole" compenso) e previo consenso libero e informato potrebbe rientrare nella sfera della privacy e dell'autodeterminazione di ciascun individuo, come previsto dalla

⁷⁴ S. MOHAPATRA, *Adopting an International Convention on Surrogacy—A lesson from intercountry adoption*, in *Loyola University Chicago International Law Review*, 2016, 25.

⁷⁵ R. ARNESON, *Commodification and Commercial Surrogacy*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1992, 132.

⁷⁶ L. LEE, *New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation*, in *Hastings Women's Law Journal*, 2009, 276.

⁷⁷ C.B. COHEN, *Selling Bits and Pieces of Humans to Make Babies: The Gift of the Magi Revisited*, in *Journal of Medicine & Philosophy*, 1999, 288.

Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani⁷⁸: secondo tale ottica, un divieto sarebbe equiparato ad un'indebita ingerenza delle autorità statali (libertà contrattuale)⁷⁹.

Per alcuni la surrogazione di maternità dovrebbe intendersi come manifestazione del diritto al lavoro della donna; tentativi di limitarne il ricorso sono considerati «paternalistic attempts to curtail women's economy agency»⁸⁰.

Secondo questa scuola di pensiero, molti dei rischi alla salute dovuti all'affitto dell'utero e alla gravidanza sono meno seri rispetto a quelli previsti da altri usi contrattualizzati del proprio corpo, come la prostituzione o la vendita di organi. Infatti, è nell'interesse dei futuri genitori proteggere al meglio la salute della madre surrogata, in quanto ciò aumenta la probabilità di dare alla luce un bimbo sano.

Alcuni vedono la gestazione per altri come una forma di mutua assistenza – due o più persone che si aiutano l'una con l'altra per ottenere una cosa che non avrebbero potuto ottenere da sole: un bimbo per uno ed una vita migliore per un'altra.⁸¹ Mentre alla gestazione a fini commerciali non può essere attribuito lo stesso livello di altruismo come, ad esempio, una donna che porta in grembo un bimbo per la sorella sterile, esiste ciononostante l'argomentazione per cui l'affitto dell'utero sia un servizio unico che permette alla madre surrogata di essere onorata per il suo lavoro e godere della sensazione positiva di avere aiutato un'altra famiglia⁸².

Come evidenziato, la gestante è insieme al nascituro il soggetto vulnerabile nel procedimento di gestazione per altri. Bisognerebbe, pertanto, prevedere forme di tutela della gestante sul piano normativo. In primo luogo, andrebbero riconosciuti il diritto di affittare il proprio utero e ricevere un compenso adeguato alla propria prestazione d'opera. Il diritto della donna di agire in qualità di madre surrogata deriva dal suo diritto di decidere se procreare o meno⁸³. Inoltre, andrebbe prevista la possibilità di esprimere un rifiuto informato una volta nato il bambino e decidere, pertanto, di tenerlo.

4.3. Il minore e il best interest quale elemento chiave della giurisprudenza

Il concetto di miglior interesse del minore (o superiore interesse) è stato codificato all'art. 3 della Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia (1989) che recita «In all actions concerning children [...], the best interests of the child shall be a primary consideration». In sostanza, questo principio sottolinea che, quando si tratta dei diritti e del benessere dei bambini, le loro necessità e i loro interessi

⁷⁸ L'art. 5 della Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani, recita «The autonomy of persons to make decisions, while taking responsibility for those decisions and respecting the autonomy of others, is to be respected». L'art. 6, par. 1, prevede «Any preventive, diagnostic and therapeutic medical intervention is only to be carried out with the prior, free and informed consent of the person concerned, based on adequate information. The consent should, where appropriate, be express and may be withdrawn by the person concerned at any time and for any reason without disadvantage or prejudice».

⁷⁹ A. WILLIAMS, *State Regulatory Efforts in Protecting a Surrogate's Bodily Autonomy*, in *Seton Hall Review*, 2018, 205-231.

⁸⁰ J.H. MUNYON, *Protectionism and Freedom of Contract: The Erosion of Female Autonomy in Surrogacy Decisions*, in *Suffolk University Law Review*, 2003, 717.

⁸¹ S. DAR et al, *Assisted reproduction involving gestational surrogacy: an analysis of the medical, psychosocial and legal issues: experience from a large surrogacy program*, in *Human reproduction*, 2015, 345-352.

⁸² O VAN DEN AKKER, *Surrogate motherhood: a critical perspective*, in *Expert Rev. Obstet. Gynecol.*, 2010, 5.

⁸³ A. MC EVEN, *So You're Having Another Woman's Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, 272.

dovrebbero essere considerati come prioritari rispetto ad altre preoccupazioni, come quelle degli adulti o delle istituzioni⁸⁴.

È un orientamento fondamentale per garantire che i bambini crescano in un ambiente sicuro e che i loro diritti siano rispettati in ogni contesto.⁸⁵ Il principio della supremazia degli interessi del minore, si traduce nella giurisprudenza interna e internazionale nella prevalenza automatica del superiore interesse del minore nel bilanciamento con i diritti fondamentali di altri individui⁸⁶. Tuttavia, l'uso del termine “*primary consideration*” implica che i migliori interessi del minore dovrebbero essere un fattore importante, ma non l'unico fattore quando si tratta di compenetrare diversi interessi⁸⁷.

La tendenza giurisprudenziale sia da parte della Corte di Strasburgo nelle sue pronunce in materia di gestazione per altri, sia dei tribunali nazionali in Europa, è quella di applicare il principio del “*best interest*” del minore – che è quello di avere una famiglia – per “sanare” violazioni del diritto interno da parte dei committenti⁸⁸. L'interesse del bambino a nascere attraverso contratto di maternità surrogata, che è la sua unica possibilità di venire alla vita è un elemento centrale, dato che il nascituro ha indubbiamente un interesse a venire alla luce e a vivere.⁸⁹

La questione del “diritto a nascere” è complessa e dibattuta, con diverse interpretazioni e sfumature a livello legale, etico e filosofico. In molti contesti, il concetto di “diritto a nascere” viene associato al diritto alla vita, che è riconosciuto come un diritto umano fondamentale in molte costituzioni nazionali e documenti internazionali⁹⁰. Il diritto alla vita è sancito in numerosi strumenti legali internazionali, come la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (articolo 3) e il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (articolo 6), nonché in molte costituzioni nazionali. Questi documenti stabiliscono che ogni individuo ha il diritto intrinseco alla vita (dal momento della nascita) e che tale diritto deve essere protetto e rispettato dalle autorità governative.

Tuttavia, il concetto di “diritto a nascere” può essere interpretato in modo diverso da prospettive divergenti. Alcuni lo considerano come il diritto di un embrione o di un feto a svilupparsi fino alla nascita

⁸⁴ Per approfondimenti, P. ALSTON, *The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights*. *International Journal of Law, in Policy and the Family*, 1994, pp. 1-25; M. GEORGE, N. A. MOHD AWAL, *The Best Interest Principle within Article 3 (1) of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, in *International Journal of Business, Economics and Law*, 2019, 30-36.

⁸⁵ E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, 2019; V. LORUBBIO, *The Best interests of the Child: more than a “Right, a Principle, a Rule of Procedure” of International Law*, Napoli, 2022.

⁸⁶ In Italia il “best interest” del minore è un principio di rilievo costituzionale, che può essere inquadrato al pari di vera e propria clausola generale che, ai sensi degli artt. 2 e 31 della Costituzione può essere considerato un parametro di valutazione della costituzionalità delle leggi (v. le sentenze della Corte costituzionale Sentenze Corte Cost. nn. 341/1990, 425/2005, 61/2006, 308/2008. Per approfondimenti, E. LAMARQUE, *Prima i bambini, Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2022, p.77 ss.

⁸⁷ P. ALSTON, P., B. GILMOUR-WALSH, *The best interests of the child: towards a synthesis of children’s rights and cultural values*, UNICEF, 1996, <https://www.unicef.org/innocenti/reports/view-all>.

⁸⁸ C. NARDOCCI, *Intended or new parenthood? The child’s best interest: Italy and the European Court of Human Rights*, in *ERA Forum*, 2024, pp. 109-126.

⁸⁹ D. ROSANI, “*The Best Interests of the Parents*”. *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *questa rivista*, 1, 2017, 109-134.

⁹⁰ R. COPELON, C. ZAMPAS, E. BRUSIE, J. DE VORE, *Human Rights Begin at Birth: International Law and the Claim of Fetal Rights*, in *Reproductive Health Matters*, 2005, 120.

senza interferenze o minacce di aborto, mentre altri possono interpretarlo come il diritto di ogni individuo di essere concepito e nascere in un ambiente che favorisca la sua crescita e il suo sviluppo sano⁹¹. È importante notare che il riconoscimento del “diritto a nascere” può variare a seconda del contesto culturale, religioso, legale e politico di ciascun paese. In molti paesi, il dibattito sull’aborto, la contraccezione e i diritti riproduttivi influisce sulla percezione e sull’applicazione di questo concetto. Inoltre, l’interpretazione e l’applicazione del diritto alla vita possono variare anche in base alle opinioni individuali e alle convinzioni personali.

La propensione dei tribunali, pertanto, è quella di riconoscere un legame parentale tra il bambino e i genitori committenti in virtù del rispetto della vita privata e familiare del minore che include il diritto ad avere una famiglia. In altre parole, il minore che non viene affidato ai genitori committenti rischia di finire ai servizi sociali ed affrontare un futuro incerto in attesa di un’adozione⁹².

Si presentano due situazioni di fronte ai giudici. Nel caso in cui il padre abbia donato il proprio gamete – e vi è, pertanto, un legame genetico – viene generalmente riconosciuto lo “*status filii*”⁹³. La Corte europea dei diritti umani ha discusso il tema del riconoscimento del legame giuridico tra genitori committenti e minore in diverse sentenze. Un caso rilevante è quello della sentenza *Foulon e Bouvet c. Francia* del 2015, dove la Corte ha trattato la questione del riconoscimento dello stato civile di bambini nati all’estero attraverso la maternità surrogata.⁹⁴

Nel paragrafo 61 della sentenza la Corte ha affermato «[...] la soluzione più rispettosa dei diritti dei bambini e delle persone coinvolte è di consentire il riconoscimento in Francia degli atti di nascita esteri stabiliti in seguito a procedimenti giurisdizionali stranieri e che attestano lo status di genitore intenzionale».

È più problematica la situazione in cui non vi sia alcun legame genetico tra il minore e i futuri genitori; in tal caso, la soluzione prospettata è quella della “*step-child adoption*”⁹⁵.

Vi è poi il tema del diritto del minore e di conoscere le proprie origini genetiche e gestazionali. Si pensi alla sorte del minore qualora i committenti decidano di non dare attuazione al contratto di surrogazione; o alla presenza di un feto portatore di un handicap che non è stato rilevato dalle indagini prenatali. In questo caso il futuro del minore è incerto. Vi sono clausole dettagliate nel contratto di maternità surrogata che impongono alla gestante di rinunciare ad alcuna pretesa sul nascituro e di consegnarlo immediatamente – appena nato – ai committenti. Altre impongono una specifica dieta o stile di vita alla donna durante la gravidanza o in caso di gravidanza plurigemellare di abortire i feti in eccesso (o un feto portatore di handicap) (“*Selection Reduction Clause*”).

⁹¹ R. L. STENGER, *Embryos, Foetuses, and Babies: Treated as Persons and Treated with Respect*, in *Journal of Health & Biomedical Law*, 2006, 34.

⁹² D. DORFMAN, *Surrogate Parenthood: Between Genetics and Intent*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2016, 404-412.

⁹³ R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello “status filii” in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 308.

⁹⁴ Corte europea dei diritti umani, *Foulon e Bouvet c. Francia*, ricorso n. 70731/01.

⁹⁵ M. PICCHI, *Surrogate Motherhood: Protecting the Best Interests of the Child in Light of Recent Case Law*, in *Peace Human Rights Governance*, 2019, pp. 307-331, 322.

In Australia, nel noto *Baby Gammy case*, i committenti avevano richiesto alla gestante thailandese di abortire uno dei gemelli surrogati che aveva la sindrome di Down. La donna rifiutò e il bambino venne affidato ai servizi sociali una volta nato.

Negli USA il caso di Melissa Cook è diventato un punto focale nel dibattito sulla maternità surrogata, sollevando questioni complesse riguardanti i diritti dei bambini nati da maternità surrogata e i diritti delle donne surrogate stesse. Melissa Cook (MC) era una madre surrogata che rimase incinta di tre gemelli. Dal momento che il padre committente (CM) – un uomo single – non desiderava avere tre gemelli, chiese a MC di abortirne uno sulla base della “*selective reduction clause*”, offrendosi di crescerne uno. Alla fine, nacquero i 3 gemelli e vennero affidati alle cure di CM.

Come visto, il miglior interesse del minore non ha sempre un’interpretazione univoca, dato che non è riconosciuto un interesse a nascere, né un diritto a nascere, nel contesto del diritto internazionale dei diritti umani. Appare evidente, che il miglior interesse del nascituro sia quello di venire alla luce e essere affidato alle attenzioni dei genitori intenzionali; ma l’assenza di alcuna forma di tutela per l’embrione/feto nel diritto internazionale dei diritti umani fa sì che tale interesse a nascere – laddove non vi sia altra possibilità di venire al mondo che l’affitto di un utero – non è sufficientemente tenuto in considerazione a livello legislativo, giurisprudenziale e dottrinale⁹⁶.

5. Norme internazionali contrarie alla gestazione per altri

Nel contesto dell’ONU e delle principali organizzazioni regionali si registra una posizione di contrarietà nei confronti della gestazione per altri, che viene considerata come pratica lesiva dei diritti fondamentali e della dignità sia della donna che del nascituro.

5.1. ONU

L’ONU ritiene che i contratti di maternità surrogata – in particolare se stipulati in Paesi in via di sviluppo – potrebbero condurre ad uno sfruttamento del corpo femminile, e sono, pertanto, considerati alla stregua di una forma di moderna schiavitù, sebbene questo assunto non sia stato codificato in alcun trattato.

A dispetto della retorica, si registra, infatti, una maggiore tolleranza rispetto alla commercializzazione di servizi riproduttivi (come, ad esempio, la compravendita di gameti o l’affitto di uteri) rispetto a servizi sul proprio corpo che non prevedono la riproduzione (la vendita di organi, la prostituzione, la tratta delle donne).

Le norme internazionali contro la tratta e il traffico illegale di essere umani sono generalmente rivolte alla ‘schiavitù moderna’ e allo sfruttamento sessuale. Con lo sviluppo delle nuove tecnologie mediche, le norme contro la tratta non si sono ancora evolute, per ricomprendere nuove forme di sfruttamento, come il traffico di persone o bambini per organi e tessuti, inclusi gli ovociti.

Un primo profilo di incompatibilità tra gestazione per altri e diritti fondamentali è comunque rinvenibile nell’art. 5 della Convenzione dell’ONU del 1979 sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione

⁹⁶ Per approfondimenti, v. D. EVANS, N. PICKERING, *Conceiving the Embryo: Ethics, Law, and Practice in Human Embryology*, Leiden, 1996.

contro le donne, che riconosce la “funzione sociale della maternità”, che mal si concilia con la pratica dell’utero in affitto⁹⁷.

Ancora più rilevante appare, tuttavia, il possibile contrasto con le norme internazionali contro la tratta e lo sfruttamento sia delle donne che dei bambini.

Lo *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*, istituito nel contesto del Consiglio ONU sui diritti umani, nelle raccomandazioni finali contenuto nel suo rapporto del 2018 ha invitato gli Stati «to create safeguards to prevent the sale of children in the context of commercial surrogacy, which should include either the prohibition of commercial surrogacy until and unless properly regulated systems are put in place to ensure that the prohibition on sale of children is upheld»⁹⁸.

Pertanto, il commercio di bambini nati in seguito a gestazione per altri viene considerata alla pari di vendita di bambini, seguendo la narrativa sulla gestazione per altri, considerata come “baby-selling”⁹⁹. Tuttavia, non vi è un reale parallelismo tra trasferimento di bambini nati attraverso contratti di surrogazione e il traffico o la tratta di bambini; sebbene siano eventi sovrapponibili e con molte similitudini, costituiscono in realtà fattispecie differenti. L’elemento criminale o la volontà di sfruttare i minori è infatti il vero discrimine tra vendita di bambini in seguito a contratto di maternità surrogata e tratta vera e propria di minori. Alcuni autori hanno sollevato il tema della possibile applicazione del Protocollo attuativo alla Convenzione dell’ONU contro la criminalità organizzata transnazionale¹⁰⁰ al fenomeno della gestazione per altri¹⁰¹. Obiettivo primario del *Trafficking Protocol* è «[t]o prevent and combat trafficking in persons, paying particular attention to women and children» e «to protect and assist the victims of such trafficking, with full respect for their human rights» (Preambolo).

Ai sensi dell’art. 3 (a) del *Trafficking Protocol*, i tre elementi costitutivi del reato di tratta di essere umani sono (a) – i) l’atto (il reclutamento delle vittime); ii) i mezzi (l’utilizzo della coercizione); iii) l’obiettivo dello sfruttamento della vittima (ad esempio, lo sfruttamento sessuale¹⁰². Nella gestazione per altri è (generalmente) assente sia l’elemento della coercizione, sia l’elemento dello “scopo di sfruttamento”, dato che il minore viene accolto amorevolmente nella famiglia creata dai genitori committenti. Lo sfruttamento si potrebbe ravvisare – in alcuni casi – nella gestante, qualora venga costretta contro la propria volontà a condurre una gravidanza per terzi.

La gestazione per altri è tuttavia citata come potenziale forma di sfruttamento nel “Model Law” elaborato dall’ *UN Office on Drugs and Crime* per assistere i Paesi nell’attuare la Convenzione di Palermo e il suo Protocollo. Il commentario relativo all’art. 8 del *Model Law* (“Trafficking in Persons”) – che fa

⁹⁷M. DARNOVSKY, D. BESSON, *Global Surrogacy Practices*, in *Working Paper No. 601 of the International Institute of Social Studies at the Erasmus University*, Rotterdam, December 2014,14; B. STARK, *Transnational Surrogacy and International Human Rights Law*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2012, 380.

⁹⁸ *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*. Doc A/HRC/37/60, 15 January 2018, Para. 77, lect. (c).

⁹⁹ R. JO KORNEGAY, *Is Commercial Surrogacy Baby-Selling?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 1990, 45.

¹⁰⁰ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adottato il 15 novembre 2000 dalla Risoluzione 55/25 dell’Assemblea generale dell’ONU.

¹⁰¹ A. VETTOREL, *Surrogacy Contracts and International Human Rights Law*, in *Deportate, esuli, profughe. Rivista telematica di studi sulla memoria femminile*, 2021, 61.

¹⁰² U.N. Office on Drugs and Crime, *Issue Paper: The Role of “Consent” In the Trafficking In Persons Protocol 5* (2014), http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent.pdf.

riferimento alle “altre forme di sfruttamento” che gli Stati dovrebbero proibire nei propri ordinamenti – menziona espressamente «the use of women as surrogate mothers» come possibile esempio di «exploitation». Gli Stati, pertanto, dovrebbero considerare la gestazione per altri quando adottano legislazioni volte a punire la tratta degli esseri umani, insieme a pratiche quali le gravidanze forzate o la condotta illecita di una sperimentazione su un individuo.¹⁰³

La Convenzione dell’ONU sui diritti dell’infanzia (1989) offre una definizione più ampia di “child trafficking”. L’art. 35 stabilisce che «State Parties shall take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent the abduction of, the sale of, or traffic in children for any purpose or in any form». L’art. 2 (a) del Protocollo Opzionale concernente la vendita, la prostituzione e la pornografia sui bambini (2000) recita «for the purposes of the present Protocol: (a) *sale of children* means any act or transaction whereby a child is transferred by any person or group of persons to another for remuneration or any other consideration»¹⁰⁴.

Anche se durante i negoziati sul Protocollo addizionale il tema della gestazione per altri non è stato affrontato, il contratto di maternità surrogata può essere qualificabile, per alcuni, come una transazione attraverso cui il bambino è trasferito da una persona o da un gruppo di persone ad un’altra o più persone, dietro il pagamento di un corrispettivo in denaro¹⁰⁵.

Questa è l’interpretazione fornita dall’Australia che ha vietato la gestazione per altri con finalità commerciale e ha aperto esclusivamente a quella altruistica¹⁰⁶.

Per altri, invece, il Protocollo non precluderebbe la gestazione per altri, ma lascerebbe un ampio margine di apprezzamento agli Stati nel decidere se bandire o meno l’utero in affitto su questa base giuridica¹⁰⁷.

Nelle osservazioni conclusive del rapporto dell’India al Comitato sui diritti del fanciullo si legge esplicitamente che «the widespread commercial use of surrogacy, including international surrogacy might represent a violation of various rights of children and can lead to the sale of children»¹⁰⁸.

Gli Stati Uniti – che non hanno firmato la Convenzione – nel loro rapporto al Comitato hanno espresso preoccupazioni sul fatto che «payments before birth and other expenses to birth mothers, including surrogate mothers, continue to be allowed, thus impeding effective elimination of the sale of children

¹⁰³ UNODC Model Law against Trafficking in Persons, https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf, 28.

¹⁰⁴ K. WADE, *The regulation of surrogacy: a children’s rights perspective*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2017, 121.

¹⁰⁵ D.M. SMOLIN, *Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation the Surrogacy Industry’s Global Marketing of Children*, in *Pepperdine Law Review*, 2016, 265.

¹⁰⁶ A.J. NEWSON, *Compensated transnational surrogacy in Australia: time for a comprehensive review*, in *The Medical Journal of Australia*, 2016, 33.

¹⁰⁷ L. JOHNSON, *Commercial Surrogacy Is the Sale of Children? An Argument That Commercial Surrogacy Does Not Violate International Treaties*, in *Washington International Law Journal*, 2019, 701. N. HYDER-RAHMAN, (2021). *Commercial Gestational Surrogacy: Unravelling the threads between reproductive tourism and child trafficking*, in *Anti-Trafficking Review*, 2021, 123.

¹⁰⁸ Committee on the Rights of the Child. Concluding observations on the report submitted by India under article 12, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, CRC/C/OPSC/IND/CO/1.

for adoption; [and] the absence of federal legislation with regard to surrogacy, which if not clearly regulated, amounts to sale of children» (art. 29, lett. a) e b))¹⁰⁹.

Parimenti, nella medesima prospettiva, la gestazione per altri a titolo oneroso sembra porsi in contrasto con l'art. 4, lett. (c), par. 3, della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei bambini e la cooperazione in materia di adozione internazionale (1993), la quale stabilisce che il consenso all'adozione da parte del genitore biologico non deve essere indotto «by payment or compensation of any kind». La Convenzione richiede agli Stati di prevedere forme di tutela per prevenire la vendita o il traffico di bambini che possano essere utilizzati per formare delle famiglie. La stessa Convenzione sui diritti del fanciullo auspica all'art. 21 lett. (d) una regolamentazione dell'istituto dell'adozione volta ad escludere ogni «improper financial gain for those involved in it».

Lo *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children* Maud de Boer-Buquicchio in un rapporto tematico presentato dinanzi al Consiglio ONU sui diritti umani¹¹⁰, ha espresso serie riserve sulla compatibilità tra i contratti di maternità surrogata e i diritti fondamentali dei bambini. La relatrice ha sostenuto che «commercial, and in some cases altruistic, surrogacy usually does meet the elements of the sale of children under the Optional Protocol—and that most CGS arrangements are therefore in contravention of international law». Ella raccomandava di adottare una legislazione chiara che equiparasse la surrogazione di maternità alla vendita di bambini così come definita nel protocollo opzionale alla Convenzione di New York. Da questo punto di vista, i bambini sono visti come 'commodities', od oggetti, che vengono pertanto acquistati dai genitori committenti dietro pagamento di una somma di denaro.

La relatrice ha osservato che la proibizione dei contratti di surrogazione prevista da numerose legislazioni solleva problemi attuativi, dato che viene spesso elusa in quanto le coppie si rivolgono a servizi procreativi all'estero.

I Principi di Verona del 2021 adottati dall' *International Social Service* (ISS) un gruppo informale composto da giuristi, contengono 14 principi sulla prevenzione della vendita, dello sfruttamento e del traffico di bambini nati attraverso GPA¹¹¹.

¹⁰⁹ *Committee on the Rights of the Child. Concluding observations on the second periodic report of the United States of America submitted under article 12 of the Optional Protocol to the Convention on the sale of children, child prostitution and child pornography*, adopted by the Committee at its sixty-second session (14 January–1 February 2013).

¹¹⁰ *Report on safeguards for the protection of the rights of children born from surrogacy arrangements*, 15 July 2019, <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/report-safeguards-protection-rights-children-born-surrogacy-arrangements>.

¹¹¹ Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles). Questo documento, adottato nel 2021 dall' *International Social Service* (ISS), è stato adottato in risposta ad una specifica richiesta dell' *United Nations Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children* nel suo rapporto del 2018 (UN Doc. A/HRC/37/60). Al Para. 78 del documento si legge «The Special Rapporteur invites the international community to: [...] (d) Support the work of the International Social Service in developing international principles and standards governing surrogacy arrangements that are in accordance with human rights norms and standards and particularly with the rights of the child) [...]». Il documento ha avuto il supporto dell' *UN Committee on the Rights of the Child*.

Questi principi mirano a creare un quadro giuridico che rispetti la dignità e i diritti dei bambini nati attraverso la gestazione per altri, garantendo la loro protezione e benessere, affrontando al contempo le complessità e le considerazioni etiche delle pratiche di surrogazione.

Uno degli obiettivi principali dei Principi di Verona è la protezione dei diritti del bambino: essi pongono al centro il benessere e il superiore interesse del bambino, garantendo che i suoi diritti siano rispettati in ogni fase del processo di surrogazione. Questo include il diritto a conoscere la propria origine e a mantenere relazioni significative con i genitori biologici, se possibile. Vengono poi previsti standard etici per la surrogazione, incluse le condizioni di vita e di lavoro delle madri surrogate, la trasparenza dei contratti di surrogazione e la prevenzione dello sfruttamento delle donne coinvolte.

Il principio chiave alla base del documento è rappresentato dal superiore interesse del minore, in quanto tutte le decisioni devono essere prese assicurando il suo massimo benessere fisico, emotivo e psicologico¹¹².

Altri principi sono la trasparenza e l'informazione (le famiglie committenti devono essere adeguatamente informate sui diritti e sulle implicazioni legali della surrogazione. Le madri surrogate devono essere completamente consapevoli dei loro diritti e delle condizioni del contratto) e la non discriminazione (la pratica della surrogazione non deve discriminare sulla base del genere, dell'orientamento sessuale, della razza, della religione o di altre caratteristiche personali delle persone coinvolte).

5.2. Contesti regionali

Nell'ambito delle principali organizzazioni regionali, vi sono principi consolidati in ambito europeo contrari alla gestazione per altri in linea con quanto sostenuto dallo *Special Rapporteur* dell'ONU. Si registra, invece, l'assenza di riferimenti espliciti alla materia nel contesto africano (Unione africana), americana (Organizzazione degli Stati Americani), nonché asiatico (ASEAN).

Nell'ambito del Consiglio d'Europa, già nel 1978, con la decisione (29) relativa all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri in materia di prelievo e trapianto di sostanza umana, venne dichiarato che nessuna sostanza umana potesse essere offerta a scopo di lucro. Il parere dell'*ad hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences* (CAHBI), nel *Report on Human Artificial Procreation*, istituito nel 1989 in seno al Consiglio d'Europa, ha stabilito alcuni principi chiave, tra cui il divieto del ricorso alle tecniche di PMA per la maternità surrogata, l'inapplicabilità degli accordi conclusi tra i committenti e la gestante il divieto di qualunque attività di intermediazione e di ogni forma di pubblicità di tale pratica e il diritto della gestante di decidere di tenere il bambino (Para. 15)¹¹³.

¹¹² Si veda, al riguardo, l'interessante analisi di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

¹¹³ *Ad hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences* (CAHBI), *Report on Human Artificial Procreation*, CoE (1989). Il principio 15 del documento recita «No physician or establishment may use the techniques of artificial procreation for the conception of a child carried by a surrogate mother. 2. Any contract or agreement between surrogate mother and the person or couple for whom she carried the child shall be unenforceable. 3. Any action by an intermediary for the benefit of persons concerned with surrogate motherhood as well as any advertising relating thereto shall be prohibited. 4. However, states may, in exceptional cases fixed by their national law, provide, while duly respecting paragraph 2 of this principle, that a physician or an establishment may proceed to the fertilisation of a surrogate mother by artificial procreation techniques, provided that: a. the surrogate mother obtains no material benefit from the operation; b. the surrogate mother has the choice at birth of keeping the child».

Doveroso citare l'Articolo 21 della Convenzione europea sui diritti umani e la biomedicina (Oviedo, 1996), che prevede espressamente che «Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto». La Convenzione rappresenta il primo atto giuridicamente vincolante in ambito internazionale nel settore delle scienze della vita, il cui obiettivo è quello di tutelare la dignità, i diritti e le libertà dell'essere umano contro ogni abuso derivante dai progressi della biologia e della medicina, fondandosi sull'idea per cui «l'interesse dell'essere umano deve prevalere sull'interesse della scienza o della società» (art. 2)¹¹⁴. Ai sensi dell'art. 21 della Convenzione ogni forma di compravendita del corpo umano sarebbe contraria al principio della dignità umana previsto al Preambolo e all'art. 1 («Le Parti di cui alla presente Convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e garantiscono ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina»). Il divieto di trarre profitto dalla separazione del corpo umano in organi, tessuti, ovociti, e parti si basa quindi su una vera e propria ragione morale, il rispetto della dignità umana, che, nella gerarchia assiologica della Convenzione, assurge a principio chiave, come evidenziato con estrema chiarezza nel Rapporto esplicativo: «Il concetto di dignità umana [...] costituisce il valore essenziale da sostenere. Costituisce il fondamento della maggior parte dei valori enfatizzati nella Convenzione». Sulla stessa falsariga, l'art. 21 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione sui diritti umani e la biomedicina relativo al trapianto di organi e di tessuti di origine umana (2002) recita «è vietato fare del corpo umano o delle sue parti in quanto tali una fonte di profitto o di vantaggi paragonabili».¹¹⁵

La Corte europea dei diritti umani – investita dai ricorsi dei futuri genitori in presenza di rifiuto delle autorità nazionali di registrare i minori nati all'estero in seguito a contratti di maternità surrogata – si è confrontata in maniera esponenziale con tale problematica.

La Corte ha contrastato per motivi di ordine pubblico le richieste di trascrizione degli atti di nascita nei registri nello stato civili da parte di genitori intenzionali privi di alcun legame biologico con il minore¹¹⁶. La Corte ha escluso che la tutela del diritto alla vita privata del figlio, prevista all'art. 8 della CEDU, che implica obblighi *de facere* a carico degli Stati, ricomprenda anche il diritto alla registrazione dello *status filiationis* per il genitore privo di alcun legame biologico con il minore nato in seguito a contratto di maternità surrogata¹¹⁷.

¹¹⁴ In generale sul sistema della Convenzione, I.R. PAVONE, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009. Sulla dignità umana nel diritto internazionale, C. CASONATO, *Biodiritto. Oggetto, fonti, modelli, metodo*, Torino, 2023, in particolare 147 ss.

¹¹⁵ Per approfondimenti, C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in questa rivista, 173-187, 180.

¹¹⁶ S. TONIOLO, *Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in *Genius*, 2019, 1-9.

¹¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Menesson c. Francia*, n. 65192/11; *Labassee c. Francia*, n. 65941/11, para. 100-101. In generale sul punto si veda: C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 1132; S. TONIOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 202.

Il ‘key case’ è sicuramente rappresentato da *Paradiso and Campanelli c. Italia* (2017)¹¹⁸. Il caso in questione concerneva la sottrazione di minore nato all'estero (Federazione Russa) – in seguito alla stipula di un contratto di gestazione per altri – dalla tutela dei genitori committenti da parte delle autorità italiane. L'elemento centrale era rappresentato dall'assenza di alcun legame biologico tra padre e figlio, dato che la coppia era ricorsa a gamete da donatore esterno.

La Grande Camera della Corte di Strasburgo, discostandosi da quanto aveva stabilito la Seconda Sezione in una prima sentenza del 2015, concludeva che le condizioni che avrebbero permesso il riconoscimento di una famiglia *de facto* non sussistevano, sottolineando, in particolare l'assenza di alcun legame biologico tra il bambino e i “presunti” genitori, alla luce della breve durata (meno di 1 anno) della loro relazione e l'incertezza dei legami da una prospettiva giuridica¹¹⁹.

La Corte si è espressa sui contratti di maternità surrogata, affermando che «surrogacy arrangements raise sensitive ethical issues and may also come into conflict with States' legitimate concerns regarding the protection of children from human trafficking and compliance with the rules on international adoptions», descritti come «very weighty public interests» (Paras. 203-204).

La Corte ha sostenuto che il rifiuto di uno Stato di riconoscere la relazione tra i genitori e il bambino in seguito ad un contratto di maternità surrogata (ammesso nel Paese di origine della gestante ma vietato nel Paese di nazionalità dei genitori) persegua uno scopo legittimo alla luce delle condizioni di deroga previste all' art. 8, par. 2, della CEDU nel caso di specie la “protezione della salute” e “la protezione dei diritti e delle libertà di altri”¹²⁰.

Lo Stato intende tutelare la gestante e il bambino impedendo ai propri cittadini di ricorrere a tecniche di riproduzione assistita fuori dal territorio nazionale che sono vietati dalla legislazione domestica¹²¹.

Non esiste un *consensus* tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa sulla legittimità della gestazione per altri e sul riconoscimento giuridico della relazione tra il bambino e i futuri genitori: pertanto, gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento sia con riferimento alla regolamentazione della materia che del riconoscimento della relazione tra il bambino e i genitori.

Dal momento che il rapporto tra i genitori e il minore è un aspetto essenziale dell'identità di una persona, il margine di apprezzamento sarà minore qualora la Corte valuti un'interferenza con il diritto a una vita familiare di un minore ex art. 8 CEDU a causa del mancato riconoscimento formale dei suoi legami familiari¹²².

¹¹⁸ Corte europea dei diritti umani, *Paradiso e Campanelli c Italia*, n. 2535812.

¹¹⁹ C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017, <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2001/01/honorati.pdf>; A. STIANO, *Gestazione surrogata e diritto alla vita privata e familiare ex art. 8*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2/2017, 303.

¹²⁰ L'art. 8, para. 2, della CEDU recita «non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

¹²¹ *Mennesson c. Francia*, 26 giugno 2014, Para. 62; *Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014, Para. 54; *Valdís Fjölnisdóttir and Others c. Islanda*, 18 maggio 2021, Para. 65.

¹²² *Mennesson v. France*, 2014, Para. 77-80; *Labassee v. France*, 2014, Para. 56-59; *Advisory Opinion No. P16-2018-001*, 2019, Para. 43-44.

Quando si è in presenza di un minore, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto nel caso *Affaire A.L. v France*¹²³, la prevalenza il principio del superiore interesse del bambino sugli interessi degli Stati. Si trattava di un caso di “domestic surrogacy” che riguardava il riconoscimento di diritti genitoriali al padre biologico. La Corte ha espressamente stabilito che «[...] ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d’un enfant est en cause, l’intérêt supérieur de celui-ci doit primer» (Para. 52). Il superiore interesse del minore funziona, pertanto, quale contro limite all’ordine pubblico¹²⁴. La situazione acquista poi una dimensione speciale quando il futuro genitore ha un legame biologico con il bambino (ad esempio, ha donato lo sperma): la parentela biologica è un elemento centrale dell’identità di un bambino (*Menesson c. Francia*, Para. 100) e “gioca a favore” delle coppie che intendono registrare nel Paese di nazionalità il bambino avuto mediante utero in affitto all’estero.

La Corte attribuisce notevole importanza al legame genetico nel valutare la potenziale interferenza con il diritto alla vita privata (che include il diritto all’identità personale). Ciò è emerso chiaramente nei casi *Menesson* e *Labassee*, in cui la Corte ha riconosciuto che il rifiuto delle autorità belghe di trascrivere gli atti di nascita in presenza di un contratto di maternità surrogata stipulato all’estero violasse il diritto dei minori al riconoscimento giuridico del legame con il proprio padre genetico; al contrario in *Paradiso* e *Campanelli*, la Corte ha escluso, proprio in virtù dell’assenza di un legame biologico con il futuro padre, una violazione dell’articolo 8 della CEDU nel mancato riconoscimento del legame di filiazione; ciò indurrebbe a ritenere che la Corte sposi il rifiuto di una surrogazione completamente “eterologa” (ovvero in cui non esista alcun legame genetico con gli “intended parents”). Tale posizione è stata poi ribadita nel caso *Cc v. Italia*¹²⁵ La Corte di Strasburgo ha stabilito la violazione da parte dell’Italia dei diritti di una bambina nata nel 2019 in Ucraina con il ricorso alla gestazione per altri, non riconoscendo legalmente il rapporto di filiazione con il padre biologico¹²⁶.

Nel contesto dell’Unione europea (UE), la Carta dei diritti fondamentali (Carta di Nizza, 2000) contiene una disposizione specifica relativa ai diritti della persona nell’ambito della bioetica (Art. 3 “Diritto all’integrità della persona”).

L’ Art. 3, Para. 2, recita «Nell’ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati [...] il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro»¹²⁷. Appare evidente che sono vietati la vendita degli organi, il brevetto su parti del corpo umano così come la gestazione per altri. Il Parlamento europeo nel 2011 ha adottato una risoluzione sulla violenza contro

¹²³ Corte europea dei diritti umani, *Affaire A.L. c. Francia*, n. 13344/20.

¹²⁴ Per approfondimenti, G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 94 ss.

¹²⁵ Corte europea dei diritti umani, *Affaire C c. Italia*, n. 47196/21.

¹²⁶ M. COTTIER, *Understanding the impact of different concepts of surrogate mother for the regulation of international surrogacy arrangements. A response to Sharon Bassan*, <https://voelkerrechtsblog.org/understanding-the-impact-of-different-concepts-of-surrogate-mother-for-the-regulation-of-international-surrogacy-arrangements/>.

¹²⁷ A. SANTOSUOSSO, *Integrità della persona, medicina e biologia: art. 3 della Carta di Nizza*, in *Danno e Responsabilità*, 2002, 8.

le donne in cui, *inter alia*, condannava la pratica dell'utero in affitto¹²⁸. In un rapporto del 2015, il Parlamento europeo condannava nuovamente la pratica della gestazione per altri¹²⁹.

Il 23 aprile 2024 il Parlamento europeo ha votato a favore di un emendamento alla Direttiva sul traffico di esseri umani¹³⁰ che ora include la gestazione per altri tra gli atti vietati che i Paesi dell'UE sono obbligati a punire sul proprio territorio. La versione emendata della Direttiva prevede che i matrimoni forzati, l'adozione illegale e lo sfruttamento della maternità surrogata siano valutati allo stesso livello della schiavitù e della prostituzione, considerati come «a serious crime, often committed within the framework of organised crime, a gross violation of fundamental rights» (Considerando 1 della Direttiva).

Obiettivo dell'emendamento è incoraggiare gli Stati Membri a adottare misure effettive per «combat and prevent human trafficking and provide better support for victims». Con i termini «exploitation of surrogate motherhood» incluso nell'emendamento si fa riferimento a «persons who force women to act as surrogate mothers or who trick them into doing so». Queste disposizioni sono «without prejudice to national rules on surrogate motherhood, including criminal or family law». Il nascituro viene considerato come un soggetto sottoposto a un atto di disposizione, che è la prerogativa per eccellenza del rapporto di proprietà e della definizione di schiavitù ai sensi dei trattati internazionali sui diritti umani.

In conclusione, nel contesto europeo la gestazione per altri è vietata implicitamente da alcuni principi cardine, tra cui la non commerciabilità del proprio corpo, ed è stata ora proibita espressamente dall'emendamento alla Direttiva sul traffico di essere umani.

Tuttavia, vi sono gli interessi del minore che devono essere presi in considerazione. In un'epoca storica in cui la parentela è un qualcosa sempre più legato dalla genetica a causa della pluralità delle forme accettate di famiglia; la prevalenza della biologia sui legami emozionali tra genitori (sociali) e figli che è la linea interpretativa seguita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non è pienamente in linea con l'interpretazione evolutiva della CEDU che dovrebbe essere fornita dalla Corte di Strasburgo, anche se le esigenze di ordine pubblico hanno sicuramente un peso rilevante nelle decisioni dei giudici di Strasburgo. Questa linea di pensiero è stata ripresa dalla Corte Federale Svizzera in cui la parentela di due genitori committenti non è stata riconosciuta, in quanto nessuno dei due genitori era legato geneticamente a un bambino nato da una madre surrogata dopo la fecondazione *in vitro* dei gameti dei due donatori¹³¹.

¹²⁸ European Parliament resolution of 5 April 2011 on priorities and outline of a new EU policy framework to fight violence against women, para 20-21, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0127_EN.html.

¹²⁹ European Parliament – November 2015. Annual Report on Human Rights and Democracy in the world in 2014 and on EU policy on the matter. Par 114 «the European Parliament condemns the practice of surrogacy, which undermines the human dignity of the woman since her body and its reproductive functions are used as a commodity; considers that the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing countries, shall be prohibited and treated as a matter of urgency in human rights instruments».

¹³⁰ Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA

¹³¹ BGE 141 III 328 S. 329; (5A_443/2014 del 14 settembre 2015).

6. Considerazioni conclusive

Come evidenziato da diversi studiosi, un bando o un divieto di GPA in realtà preverrebbe l'interesse del nascituro a nascere poiché non ha altra possibilità di venire al mondo che la gestazione per altri e il diritto ad avere una famiglia che lo cresca e lo ami¹³². Ci si potrebbe domandare se esista, pertanto, nel contesto del miglior interesse del bambino, un diritto a nascere nel diritto internazionale dei diritti umani, e se vada in contrasto con le norme sull'interruzione volontaria di gravidanza.

Sulla base di un contratto gestito da terzi – approvato da un'*authority* o da un tribunale – dovrebbero essere previste forme di tutela per i soggetti più vulnerabili, ovvero sia la madre surrogata e il minore nato in seguito ad accordo di surrogazione. Regolamentando e non vietando tale pratica, si creerebbero norme certe per la registrazione dei minori nei Paesi di origine delle coppie committenti¹³³.

In sintesi, i profili critici della gestazione per altri sotto il profilo dei diritti umani sono notevoli. Da un lato, vi è un mutuo beneficio nel contratto di surrogazione, in quanto viene soddisfatto sia l'interesse dei genitori committenti a formare una famiglia (e pertanto, i loro diritti procreativi) sia della gestante a ricevere un compenso (qui siamo nell'ambito del diritto del lavoro). Dall'altro lato, vi sono seri dubbi sulla compatibilità dei contratti di surrogazione con le norme internazionali ed europee a tutela dei diritti fondamentali, specialmente se la madre surrogata proviene da un Paese povero.

La gestazione per altri, è allo stato attuale un sistema "laissez-faire" basato su un'economia di mercato, caratterizzato da un forte sbilanciamento a favore delle agenzie intermediatrici e dei genitori committenti. Ciò è evidente soprattutto nei Paesi in via di sviluppo dove vi è una scarsa alfabetizzazione sanitaria ed è maggiore il rischio di sfruttamento (il termine "baby farm" coniato da Krim ben descrive il tema dello sfruttamento delle donne dei PVS)¹³⁴.

In sintesi, la gestazione per altri rappresenta una manifestazione dell'autonomia riproduttiva delle coppie e del principio di autodeterminazione individuale. Come detto, vi è nel contratto di surrogazione un mutuo beneficio tra il venditore (la madre surrogata) e il compratore (i genitori committenti).

Qualora venisse rispettato il principio di equità, la gestazione per altri potrebbe essere anche intesa come uno strumento per la redistribuzione del reddito a favore delle frange più povere della popolazione da parte di quelle più ricche ('fair trade approach to surrogacy')¹³⁵.

Gli Stati, come visto, sono liberi di decidere se vietare o meno sul proprio territorio il ricorso alla gestazione per altri (in Italia, come visto, è stato introdotto il reato universale di GPA). La globalizzazione permette a genitori i cui valori non siano in linea con quelli statali, di esercitare la propria libertà riproduttiva all'estero, alimentando, tuttavia, il fenomeno del turismo procreativo. Esso crea una discriminazione sulla base del reddito in quanto solo coppie o individui benestanti – a prescindere dalla

¹³² In tal senso, D. MORI, *Il divieto universale di GPA tutela i diritti della donna e del nato?* in *Bioetica*, 2023, 214 ss., at 219. V. anche, A. PISU, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in *Biolaw. Rivista di biodiritto*, 2022, 299.

¹³³ Sulla necessità di una regolamentazione in ambito internazionale delle tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) si espresse già Knoppers alla fine degli anni '80. V. B. M. KNOPPERS, *Reproductive Technology and International Mechanisms of Protection of the Human Person*, in *McGill Law Journal* 1987, 336.

¹³⁴ M. KRIM, *Beyond Baby M.: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother*, in *Annals of Health Law*, 1996, 193.

¹³⁵ C. HUMBYRD, *Fair trade international surrogacy*, in *Developing World Bioethics*, 2009, 111.

sussistenza o meno di problemi di infertilità o sterilità – possono accedere ai servizi di gestazione per altri all'estero. Data l'inevitabilità del fenomeno globale e la sua natura transfrontaliera, vi è, pertanto, la necessità di regolamentare le “cross-border surrogacy transactions” (CBST), al fine di evitare abusi di vario genere¹³⁶.

Come sottolineato da parte della dottrina, esisterebbe, alla luce della “Theory of Justice” di Rawls¹³⁷ un vero e proprio obbligo morale di regolamentare gli effetti transfrontalieri dei contratti di maternità surrogata¹³⁸.

Il concetto è molto semplice: i futuri genitori con un elevato reddito e residenti in un Paese industrializzato, si recano in Paesi a basso reddito del Sud-Est Asiatico o dell'Europa dell'Est per utilizzare i servizi forniti da una madre surrogata e poi fanno ritorno nel proprio Paese di origine con il bambino¹³⁹. Gli Stati dovrebbero stabilire convenzionalmente un limite massimo alla remunerazione per le agenzie intermediatrici, oltre il quale la pratica di surrogazione verrebbe considerata «child trafficking»¹⁴⁰. Si tratta, tuttavia, di un obbligo morale, in quanto gli Stati non hanno alcun dovere giuridico di regolamentare unilateralmente gli effetti transfrontalieri dei contratti di surrogazione; sarebbe, pertanto, auspicabile (anche se molto difficile nella prassi) che se ne occupi la comunità internazionale, mediante un trattato internazionale che o vieti *tout court* o regolamenti tale pratica.

Sulla scia di quanto già ipotizzato dalla dottrina¹⁴¹, sarebbe opportuno analizzare la possibilità di adottare uno strumento in ambito internazionale, ad esempio nell'ambito dell' *International Labour Organization* (ILO), che regolamenti la materia nel *continuum* tra “free market” e proibizione assoluta. L'ILO dovrebbe qualificare l'affitto dell'utero come “lavoro” e le madri surrogate come “lavoratrici”, prevedendo una serie di tutele a loro favore. Una regolamentazione costruita «through the lens of labor rights», avrebbe il vantaggio di “mediare” tra le due posizioni estreme, da un lato quella che prevede la massima libertà negoziale, dall'altro quella che vorrebbe imporre un bando globale per prevenire abusi sulla donna e sul minore.

Un'altra alternativa prevederebbe una regolamentazione simile a quella prevista per l'adozione internazionale: non dovrebbe né vietare né consentire tale pratica ma lasciare libertà in materia agli Stati; dovrebbe, tuttavia, esigere che prima della stipula del contratto, lo Stato “ricevente” si impegni ad accogliere il bambino e prevedere forme di tutela per la madre surrogata, sia sotto il profilo del compenso, che del diritto di decidere di tenere il bambino (una regolamentazione proattiva è stata prevista nel Regno Unito e nei Paesi Bassi). Rimane la differenza di fondo tra adozione (che ha natura no profit)

¹³⁶ B. C. VAN BEERS, *Is Europe “Giving in to Baby Markets”? reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of the Existing Legal Limits to Reproductive Markets*, in *Medical Law Review*, 2015, 107.

¹³⁷ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge University Press.

¹³⁸ E. BENVENISTI, *Sovereigns as Trustees of Humanity: on the Accountability of States to Foreign Stakeholders*, in *The American Journal of International Law*, 2013, 295.

¹³⁹ S. BASSAN, *Shared Responsibility Regulation Model for Cross-Border Reproductive Transactions*, in *Michigan Journal of International Law*, 2016, 300.

¹⁴⁰ Più di recente, K. TRIMMINGS, *Surrogacy Arrangements and the Best Interest of the Child*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (a cura di), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge, 2019, 187 ss.

¹⁴¹ K. BRUGGER, *International Law in the Gestational Surrogacy Debate*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, 665.

e surrogazione (dove vi è una transazione economica). È, tuttavia, preferibile una normativa volta a contrastare gli abusi, che regolamenti ma non vieti, piuttosto che la totale assenza di regole.

Un divieto *tout court* in materia di “*commercial surrogacy*” finirebbe per alimentare ancora di più il mercato che gira intorno al turismo procreativo. Va regolata la prestazione di consenso da parte della madre surrogata analogamente a quella del genitore biologico all’adozione (l’art. 4 (c) della Convenzione dell’Aja dispone che il consenso della madre biologica all’adozione venga prestato dopo il parto). La stessa soluzione deve essere prevista per la madre surrogata: il consenso informato alla rinuncia di ogni diritto sul bambino implica un diritto ad un rifiuto informato anche al momento della consegna del neonato. Alla madre surrogata non deve essere vietata, pertanto, l’opportunità di cambiare la propria idea e decidere di tenere il bambino, anche se ciò possa essere un passo troppo in avanti nell’ignorare gli interessi dei genitori committenti.

Gli sforzi per una riforma dovrebbero essere basati su alcuni principi chiave: superiore interesse del minore dal non essere trattato come un mero oggetto di compravendita; diritto della gestante di cambiare idea anche dopo il parto. Inoltre, bisognerebbe prevedere una valutazione di idoneità della coppia – a prescindere dal loro orientamento sessuale – a diventare genitori.

In Svizzera è stata proposta la soluzione di un emendamento alla *The Hague Convention on Intercountry Adoption*¹⁴² mediante cui garantire la difesa dei diritti e degli interessi della madre portante mediante un organismo indipendente (*medical advocacy*) previsto nella stessa clinica nella quale ha luogo la fecondazione *in vitro* e il parto¹⁴³.

Una soluzione pattizia mediante un accordo su scala globale o regionale appare allo stato attuale irrealistico alla luce sia complessità del problema (i differenti soggetti in gioco, la registrazione dei minori, la questione del compenso per la gestante, le differenti giurisdizioni in campo) sia l’eterogeneità di legislazioni, oltre ai notevoli interessi economici in gioco.

Nella realtà dei fatti, tale strumento internazionale dovrebbe regolamentare vari aspetti controversi (il diritto della gestante di tenere il bambino, la custodia del bambino, la questione delle coppie omosessuali, in particolare donne, la differenza esistente sul piano giuridico tra i casi in cui vi sia un legame genetico e quelli in cui invece non esista). Il rischio è quello di produrre un documento simile alla dichiarazione dell’ONU sulla clonazione umana dove vi fu una profonda spaccatura tra Stati favorevoli e Stati contrari alla c.d. “clonazione terapeutica”.

È pertanto, opportuno, che i singoli Paesi regolamentino in maniera proattiva la gestazione per altri (e non vietino *tout court* tale pratica), consapevoli del fatto che divieti a livello nazionale foraggiano il turismo procreativo e aumentano i redditi delle cliniche intermediatrici. Un sistema regolatorio dovrebbe prevedere un intervento *ex ante* di un’*authority* che valuti caso per caso se vi sono le condizioni per procedere alla gestazione per altri (ad esempio, condizioni irreversibili di sterilità o infertilità della coppia), effettui un’accurata valutazione psicologica della coppia, lasciando, tuttavia, aperta la possibilità per la gestante di tenere il bambino qualora decida di esprimere il proprio rifiuto informato.

¹⁴² A. GODWIN MCEWEN, *So you are having another Woman’s Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, 303.

¹⁴³ Commissione Nazionale d’Etica per la Medicina (Svizzera, CNE), *La procreazione con assistenza medica. Considerazioni etiche e proposte per il futuro*, Parere n. 22/2013, Zurigo, 2013, 44-45.