

# Gestazione per altri all’italiana: persone, diritti e stereotipi di genere in un reato ‘universale’

Giovanna Gilleri

*Assegnista di ricerca*

Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell’Interpretazione e della Traduzione  
Università di Trieste  
giovanna.gilleri@units.it

**Abstract.** *Surrogacy Italian style. Individuals, rights and gender-based stereotypes in a ‘universal’ crime.*

Gestational surrogacy is a complex social phenomenon with many controversial assumptions and implications that has attracted different types of regulations throughout the world. This article analyses the prohibition of surrogacy in Italy, criticising the law no. 40/2004 as amended by the law no. 169/2024. This provides for the criminal liability of Italian citizens for (what is considered in Italy) the crime of surrogacy committed abroad, therefore establishing what is improperly described as a ‘universal’ crime. First, the Italian legislation relies on a stereotyped idea about parenthood, assuming that parents should be two, of opposite genders and with a heterosexual orientation. International human rights sources on gender stereotyping, especially the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, help frame this stereotype as relevant to the human rights vocabulary as it limits or even nullifies the enjoyments of rights. Second, this gender normativity poses also serious challenges to non-discrimination. Instead of heterosexual couples, *single* individuals and homosexual couples are particularly affected by the Italian legislation, being more easily prone to be ‘discovered’ when requesting in Italy the recognition of the legal parent-child relationship established by a foreign birth certificate. Third, mainstream gender-focused debates have (duly) concentrated on the position of the surrogate mother, while other women may be put in an unsafe position, such as the intentional mother as depicted in the current case-law of the European Court of Human Rights. In conclusion, this article explains why the adjective ‘universal’ is inadequate and how, despite this misnaming, such an aspiring stance makes the crime a booster of the gender normativity expressed therein.

## Keywords

gestational surrogacy; gender-based stereotypes; women’s rights; discrimination; parenthood; universal jurisdiction

## Parole chiave

gestazione per altri; stereotipi di genere; diritti delle donne; discriminazione; genitorialità; giurisdizione universale

# Gestazione per altri all’italiana: persone, diritti e stereotipi di genere in un reato ‘universale’

Giovanna Gilleri\*

## 1. Introduzione

Dallo scorso 3 dicembre, la gestazione per altri<sup>1</sup> (GPA) è reato anche se commessa all'estero da cittadini italiani. La l. n. 169/2024 ha aggiunto, infatti, all'art. 12 c. 6 della l. n. 40/2004<sup>2</sup> la seguente dicitura: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla maternità surrogata, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana<sup>3</sup>». Prima dell'entrata in vigore della l. n. 169/2024, l'art 12 già statuiva la perseguitabilità del reato di GPA commesso in Italia, ora integrato dal divieto di GPA descritto impropriamente come ‘universale’ nei dibattiti politici e dai media. Di GPA si discute da tempo in

\* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione, Università di Trieste, Piazzale Europa 1, 34127 Trieste, giovanna.gilleri@units.it. Sono grata a Carmelo Danisi, Marta Infantino, Giuseppe Pascale, Chiara Sarni ed i due revisori anonimi per i commenti alle precedenti versioni di questo contributo, nonché a Pasquale De Sena, Ludovica Poli ed Eduardo Savarese per aver stimolato l'interesse ad osservare la gestazione per altri da un'inedita prospettiva. Il presente articolo si inserisce all'interno del progetto di ricerca interdisciplinare “Diritti e pregiudizi: implicazioni linguistiche e giuridiche dei discorsi di genere in contesti giudiziari (GenDJus)” [P2022FNH9B] finanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca (MUR) e dall'Unione europea (programma di finanziamento Next Generation EU/PNRR).

<sup>1</sup> Numerose sono le espressioni con cui ci si riferisce alla pratica, che spaziano da ‘utero in affitto’, che evidenzia i (potenziali) aspetti di sfruttamento della gestante, a ‘maternità surrogata’, che pone l’accento sul (supposto) rapporto di genitorialità che si instaurerebbe tra la gestante ed il nascituro. Si preferisce in questa sede ‘gestazione per altri’, poiché esprime il carattere relazionale (tra genitori sociale/biologico e la gestante) di un’attività che non costituisce a priori un abuso di certe posizioni di potere, né un rapporto di genitorialità tra il nascituro e chi lo porta. La varietà terminologica persiste anche in altre lingue, tra cui: ‘surrogacy’, ‘utero en alquiler’, ‘subrogación uterina’, ‘gestación por sustitución’, ‘subrogación gestacional’, ‘gestación subrogada’, ‘gestation pour autrui’ (S. POZZOLO, “Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista”, *BioLaw Jurnal* 2/2016, p. 93 ss.). Seppur non sia un dato costante, la Corte europea dei diritti umani ha di recente adottato ‘gestazione per altri’ nel proprio vocabolario: così riporta la traduzione ufficiale di Corte europea dei diritti umani, *C. c. Italia*, ricorso n. 47196/21, sentenza del 31 agosto 2023. Per un’analisi etimologica e sociologica di ‘maternità surrogata’ si rimanda a M. STANWORTH, *Reproductive Technologies and the Deconstruction of Motherhood*, in *Reproductive Technologies: Gender, Motherhood, and Medicine*, M. STANWORTH (eds), Cambridge, 1987; C. SNOWDON, “What Makes a Mother? Interviews with Women Involved in Egg Donation and Surrogacy”, in *Birth* 21/1994, p. 77 ss.

<sup>2</sup> L. 19 febbraio 2004, n. 40, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”.

<sup>3</sup> L. 4 novembre 2024, n. 169, recante “Modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguitabilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano”.

letteratura<sup>4</sup> e giurisprudenza<sup>5</sup>, cionondimeno questo Forum offre l'opportunità a chi scrive (e chi legge) di soffermarsi su una prospettiva inedita, quella di alcune declinazioni e applicazioni dei diritti umani al divioto di GPA dal punto di vista del genere.

La GPA è una forma di procreazione medicalmente assistita in cui la gravidanza è portata a termine da una persona per conto di *single* o di una coppia<sup>6</sup>. È una pratica che interessa, vale la pena ricordarlo, principalmente persone eterosessuali. Secondo i dati concernenti l'Italia, infatti, si stima che, su una media di 250 GPA avvenute all'estero, circa il 90% abbia riguardato coppie eterosessuali<sup>7</sup>.

La definizione giuridica della GPA come reato presuppone, secondo il cuore della presente disamina, l'esistenza di una norma di genere ben

<sup>4</sup> A. SCHILLACI, "Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto", in *BioLaw Journal* 1/2022, p. 69 ss.; C. DANISI, "Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo", in *articolo29*, 2014, disponibile su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); L. POLI, "Gestazione per altri e *stepchild adoption*: gli errori del legislatore italiano alla luce del diritto internazionale", in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 3/2016, p. 1 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005, p. 214; 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 *Nuova Giurisprudenza civile commentata* 30/2014, p. 1132 ss.; S. TONOLO, "Adoption v. Surrogacy: New Perspectives on the Parental Projects of Same-Sex Couples", in *The Italian Review of International and Comparative Law* 1/2021, p. 132 ss.; B. PEZZINI, M. CAIELLI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni: la surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSDe – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere, Torino, 2019; M.M. GIUNGI, "Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità", in *Quaderni costituzionali* 4/2014, p. 953 ss.; G. SALVI, "Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero", in *Giurisprudenza italiana* 7/2020, p. 1623 ss.; F. AZZARRI, "L'inviolabilità dello status e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri", in *Familia* 6/2020, p. 784 ss.; I. ISAILOVIĆ, "The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements", in *EJIL:Talk!*, 25 luglio 2014; A. VALONGO, "La gestazione per altri: prospettive di diritto interno", in *BioLaw Journal* 2/2016, p. 131 ss.; A. CORDIANO, "Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)", in *BioLaw Journal* 3/2021, p. 13 ss.; G. VIGGIANI, "Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri", in *Ragion pratica* 1/2021, p. 141 ss.; C. DANISI, "Maternità surrogata come reato 'universale': considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea", in *GenIUS* 2/2023, p. 75 ss.

<sup>5</sup> *Mennesson c. Francia*, ricorso n. 65942/11, sentenza del 26 giugno 2014; *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenza del 26 giugno 2014; *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12, sentenza del 24 gennaio 2017; *Riconoscimento nel diritto nazionale di una relazione di filiazione tra un bambino nato in maternità surrogata praticata all'estero e la madre dell'intenzione*, ricorso n. P16-2018-001, parere consultivo del 10 aprile 2019; *C. e E. c. Francia*, ricorsi n. 1462/18 e 17348/18, sentenza del 19 novembre 2019; *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18, sentenza del 16 luglio 2020; *Valdis Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, ricorso n. 71552/17, sentenza del 18 maggio 2021; *S.-H. c. Polonia*, ricorsi n. 56846/15 e 56849/15, sentenza del 16 novembre 2021; *A.L. c. Francia*, ricorso n. 13344/20, sentenza del 7 aprile 2022; *D.B. e altri c. Svizzera*, ricorsi n. 58817/15 e 58252/15, sentenza del 22 novembre 2022; *K.K. e altri c. Danimarca*, ricorso n. 25212/21, sentenza del 6 dicembre 2022; *C. c. Italia*, ricorso n. 47196/21, sentenza del 31 agosto 2023.

<sup>6</sup> S. BOICELLI, "La gestazione per altri tra emancipazione e sfruttamento: Prospettive giusfemministe", in *GenIUS* 1/2023, p. 83 ss.

<sup>7</sup> *L'illusione ottica sulla maternità surrogata: la fanno 250 coppie l'anno, al 90% eterosessuali*, in *Open*, 23 marzo 2023, disponibile su [www.open.online](http://www.open.online).

identificabile su cui il divieto di GPA si fonda: la genitorialità deve essere eterosessuale e bigenitoriale. È infatti vero che la legge ha come bersaglio, in astratto, tutte le coppie o le persone *single* che ricorrono alla GPA all'estero. In concreto, però, ad essere colpiti sono principalmente le persone *single* e le coppie omosessuali, dal momento che, mentre l'ufficio di stato civile difficilmente si opporrà alla richiesta di registrazione del figlio di una coppia eterosessuale<sup>8</sup>, lo farà quando la stessa proviene da una coppia omosessuale o da un individuo *single*, per la quale l'ufficio si interrogherà su come sia nato il bambino. *Prima facie*, la legge gode di applicabilità generale, mentre di fatto discrimina sulla base dell'orientamento sessuale e del numero di genitori<sup>9</sup>.

Nella pratica della GPA, pertanto, il genere svolge una funzione esplicativa delle azioni dei soggetti coinvolti, nonché delle aspettative che ne circondano e, in certi casi, determinano l'agire. In questo senso, il genere è una categoria analitica indispensabile alla comprensione delle dinamiche relazionali che connotano qualsiasi legame sociale in cui siamo immersi, inclusi quelli che la legge regolamenta<sup>10</sup>. Beninteso, si parla qui di genere in senso ampio, concentrandosi sulle premesse e le implicazioni derivanti dal posizionamento degli individui su uno spettro di possibilità esistenziali, che intersecano le più varie identificazioni personali stratificate in base alla propria identità di genere, al proprio orientamento sessuale e alle proprie caratteristiche di sesso<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Ciò non significa che non possa accadere che una coppia eterosessuale si veda negata in Italia la registrazione del certificato di nascita del minore nato da GPA all'estero in assenza di legame genetico, come accaduto, per esempio, nella sopraccitata *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

<sup>9</sup> Si veda sotto, par. 3.1.

<sup>10</sup> La letteratura (gius)femminista e (gius)queer è sterminata: H. CHARLESWORTH, “Feminist Critiques of International Law and Their Critics”, in *Third World Legal Studies* 13/1994, p. 2 ss.; N. NAFFINE, R. OWENS, *Sexing the Subject of Law*, North Ryde, 1997; C.A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, MA, 1991; C. SMART, “The Woman of Legal Discourse”, in *Social and Legal Studies* 1/1992, p. 29 ss.; K. BARTLETT, “Feminist Legal Methods”, in *Harvard Law Review* 103/1990, p. 829 ss.; H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, S. WRIGHT, “Feminist Approaches to International Law”, in *American Journal of International Law* 91/1985, p. 613 ss.; T.P. PAIGE, C. O’HARA (eds), *Queer Encounters with International Law: Lives, Communities, Subjectivities*, New York-Abingdon, 2024; G. HEATHCOTE, *Feminist Dialogues on International Law: Successes, Tensions, Futures*, Oxford, 2019; O. OYÉWÙMÍ, *The Invention of Women: Making an African Sense of Western Gender Discourses*, 1997; M. LUGONES, “The Coloniality of Gender”, in *The Palgrave Handbook of Gender and Development: Critical Engagements in Feminist Theory and Practice*, W. HARCOURT (ed), New York-Basingstoke, 2016.

<sup>11</sup> Si tratta dell’approccio adottato da Martin Scheinin già dai tempi del suo mandato come Relatore Speciale contro il terrorismo e per i diritti umani in seno alle Nazioni Unite, che definisce il genere come categoria analitica come segue: «*Gender is not synonymous with women but rather encompasses the social constructions that underlie how women’s and men’s roles, functions and responsibilities, including in relation to sexual orientation and gender identity, are defined and understood*»: Assemblea Generale, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism* del 3 agosto 2009, UN Doc A/64/211, par. 20. Il report è stato accolto con entusiasmo da D. OTTO, “Transnational Homo-Assemblages: Reading “Gender” in Counter-Terrorism Discourses”, in *Jindal Global Law Review* 4/2013, p. 79 ss.

I soggetti di genere colpiti dalla legislazione italiana sulla GPA subiscono una limitazione o addirittura una soppressione dei propri diritti proprio a causa dell'applicazione dello stereotipo di coppia bigenitoriale eterosessuale. In questo senso, questo articolo sostiene che la l. n. 169/2024, insieme alla sua precedente l. n. 40/2004, incorpora una norma di genere (sociale) che dà per scontato che gli individui cumulativamente (1) abbiano, o meglio, *facciano*<sup>12</sup> un genere specifico per poter essere genitori e (2) compiano atti sociali conformi alle loro specifiche attrazioni inserendosi in un rapporto duale eterosessuale. Cioè a dire, la liceità di determinate modalità di diventare e di essere genitori e, più in generale, di identificarsi con un certo genere presuppone l'obbligatorietà dell'eterosessualità come unico orientamento ammesso<sup>13</sup>. Per questo motivo, l'art. 5, lett. a) della Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW<sup>14</sup>), di cui l'Italia è parte, costituisce la fonte primaria di protezione internazionale contro gli stereotipi nocivi fondati sul genere, ovvero quegli stereotipi che, a prescindere dal loro contenuto positivo o negativo, producono effetti limitativi sul godimento dei diritti. Tale disposizione concorre al raggiungimento dell'obiettivo fondamentale della Convenzione in cui è inserito: l'eliminazione della discriminazione contro le donne. Uno sforzo ermeneutico condurrà a comprendere che, in virtù della sua struttura, l'articolo può ben proteggere qualsiasi soggetto, non solo le donne, contro qualsiasi stereotipo che riguardi le femminilità e le mascolinità<sup>15</sup>. Infatti, ci si preoccupa più spesso della posizione di subordinazione della donna gestante, mentre, si tralasciano i profili discriminatori che attraversano non solo le differenze tra coppie, ma anche all'interno della medesima coppia (eterosessuale), come vedremo tra poco<sup>16</sup>.

Tuttavia, il reato di GPA in Italia è peculiare perché pretende di avere una portata ‘universale’, facendo eco al principio di universalità della giurisdizione

---

<sup>12</sup> Non ‘abbiamo’, ma ‘facciamo’ o ‘performiamo’ un genere, secondo le teorie queer femministe: J. BUTLER, “Sex and Gender in Simone de Beauvoir’s Second Sex”, in *Yale French Studies* 35/1986, p. 45 ss.; S. DE BEAUVIOR, *Le Deuxième Sexe: Vol. I*, Parigi, 1949; C. WEST, D. ZIMMERMAN, “Doing Gender”, in *Gender & Society* 1/1987, p. 125 ss.; J. LORBER, *Paradoxes of Gender*, New Haven, 1995, p. 13.

<sup>13</sup> A. RICH, “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”, in *Signs* 5/1980, p. 631.

<sup>14</sup> Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 18 dicembre 1979, 1249 UNTS 13.

<sup>15</sup> Si veda sotto, par. 3.1. G. GILLERI, “Women, and All of Us: Article 5(a) CEDAW as a Protection for All Gendered Individuals”, in *European Journal of Legal Studies* 15/2024, p. 137. Cf. D. ROSENBLUM, “Unsex CEDAW, or What’s Wrong with Women’s Rights”, in *Columbia Journal of Gender and Law* 20/2011, p. 147 ss.

<sup>16</sup> Si veda sotto, par. 3.2. e 3.3.

penale<sup>17</sup>. La questione è approfondita da altri in questo Forum<sup>18</sup>; ai fini di questo contributo, però, l'aspirazione all'«universalità» del reato di GPA all'italiana reca un significato anche dal punto di vista del genere. Si tratta, infatti, di un'imperatività che mira a giudicare anche fattispecie commesse all'estero, monopolizzando l'immaginario e gli spazi in cui la famiglia come possibilità esistenziale è concepita e vissuta.

La ricetta della normatività mescola eteronormatività e binarismo creando un'unica figura immaginabile e possibile di famiglia, quella bigenitoriale eterosessuale. Vedremo come ciò avviene nei prossimi paragrafi. L'articolo esplora l'evidente impatto del divieto di GPA all'italiana sui diritti umani, prendendo le mosse dalla descrizione del contenuto della disciplina derivante dalla l. n. 40/2004 come modificata dalla l. n. 169/2024. Segue l'analisi dello stereotipo della bigenitorialità eterosessuale obbligatoria come chiave interpretativa dell'intero scritto. Questo stereotipo rileva dal punto di vista della tutela internazionale dei diritti umani per le conseguenze discriminatorie che genera: il divieto di GPA si applica in particolare ad una parte della popolazione. Si tratta, pertanto, di una discriminazione indiretta: al trattamento differenziato sono soggetti le coppie omosessuali (specialmente gay) e i genitori *single* rispetto alle coppie eterosessuali, che corrono, invece, un rischio minore, se non nullo, di essere perseguiti per aver fatto ricorso alla GPA all'estero. Infine, si cercherà di moltiplicare le prospettive sul ruolo delle donne coinvolte nella pratica della GPA, considerando non solo la soggettività delle gestanti, su cui il discorso dominante si concentra, ma anche le madri intenzionali che, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, sono relegate ad una posizione gerarchicamente inferiore rispetto ai mariti<sup>19</sup> che hanno fornito il materiale biologico per quanto concerne il riconoscimento del

---

<sup>17</sup> Ci si riferisce al principio di universalità della giurisdizione penale, anziché la giurisdizione universale in generale o quella civile in particolare, temi già discussi altrove. Con particolare attenzione alla supposta obbligatorietà dell'azione giudiziaria in capo agli Stati: C. RYNGAERT, “From Universal Civil Jurisdiction to Forum of Necessity: Reflections on the Judgment of the European Court of Human Rights in *Nait Liman*”, in *Rivista di diritto internazionale* 3/2017, p. 782 ss. Per quanto concerne la giurisdizione universale di tipo civile, infatti, la Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di spiegare in *Nait-Liman c. Svizzera* che il diritto internazionale non impone agli Stati alcun obbligo di esercitare la giurisdizione universale pur in presenza di norme imperative: Corte europea dei diritti umani, *Nait-Liman c. Svizzera*, ricorso n. 51357/07, sentenza del 21 giugno 2016, par. 116. B. BONAFÈ, “La Corte europea dei diritti dell'uomo e la giurisdizione universale in materia civile”, in *Rivista di diritto internazionale* 4/2016, p. 1100 ss. Cf. A. BUCHER, “La compétence universelle civile”, in *Recueil des cours* 372/2014, p. 9 ss. Institut de droit international, “Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes, Resolution, Yearbook of the Institute of International Law”, *Tallinn Session* 76/2015, pp. 265-266. Per una critica all'approccio di Brucher, si veda C. RYNGAERT, “From Universal Civil Jurisdiction to Forum of Necessity: Reflections on the Judgment of the European Court of Human Rights in *Nait Liman*”, cit., pp. 786-793.

<sup>18</sup> Marco Pellisero ed Angelo Schillaci ne discutono a fondo e sotto diversi profili nei loro contributi.

<sup>19</sup> Come si vedrà meglio di seguito al par. 3.3, la Corte europea dei diritti umani parla proprio della ‘sposa del padre’ (‘épouse du père’) *Riconoscimento nel diritto nazionale di una relazione di filiazione tra un bambino nato in maternità surrogata praticata all'estero e la madre dell'intenzione*, ricorso n. P16-2018-001, parere consultivo del 10 aprile 2019, par. 42.

legame col minore nato all'estero con la GPA. L'articolo si conclude con una breve riflessione sull'esportazione del modello duale ed eterosessuale di genitorialità. Attribuire ad una pratica la connotazione di reato di stampo cosiddetto 'universale' manifesta la volontà dei suoi autori di colonizzare il discorso sulla riproduzione e la genitorialità con una visione miope tanto della società quanto di politica del diritto.

## 2. La nuova disciplina

Nella GPA, la gestante rinuncia alla responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro, mentre questa viene acquisita dalla coppia o dal singolo. A seconda della presenza o meno di una retribuzione alla gestante per la prestazione offerta, si suole distinguere tra GPA retribuita (o lucrativa) e GPA volontaristica<sup>20</sup>. Ad ogni modo, nel contratto firmato tra le parti sono dettagliati il procedimento, le regole, le conseguenze, nonché il contributo alle spese mediche della gestante (GPA altruistica) e, se prevista, l'eventuale retribuzione della gestante stessa (GPA retribuita o lucrativa<sup>21</sup>). Il materiale genetico può provenire dalla gestante, dai genitori sociali o da donatori – una configurazione, quindi, variabilmente complessa delle relazioni riproduttive<sup>22</sup>.

In Italia, la GPA è vietata dall'articolo 12 della l. n. 40/2004: «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la *surrogazione di maternità*» (enfasi aggiunta) è punito con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e la multa da 600.000 a un milione di euro<sup>23</sup>. La mercificazione del corpo<sup>24</sup> non è, dunque, un bersaglio esplicito della norma incriminatrice italiana, la cui portata copre qualsiasi tipologia di GPA, sia retribuita

<sup>20</sup> Per un'illustrazione dei diversi tipi di approcci legislativi in vari Stati, si rinvia a I.R. PAVONE, "Gestazione per altri e turismo procreativo: dalla proibizione alla regolamentazione?", in *BioLaw Journal* 4/2024, p. 286 ss.

<sup>21</sup> Questa tassonomia è criticata da chi concepisce la GPA «*a new capitalist frontier founded on the intensification of the commodification of women's reproductive labours, bodies and biologies*». Tali approcci femministi all'economia politica preferiscono distinguere, di conseguenza, tra lavoro retribuito e non retribuito: S. VERTOMMEN, C. BARBAGALLO, "The In/Visible Wombs of the Market: The Dialectics of Waged and Unwaged Reproductive Labour in the Global Surrogacy Industry", in *Review of International Political Economy* 29/2021, p. 1945 ss. In realtà, un recente studio sulla pratica della GPA negli Stati Uniti ha dimostrato che l'altruismo e l'empatia sono i motivi principali che muovono le gestanti, mentre la condizione relativa allo stato sociale o di povertà non risulta determinante (per lo meno nel contesto statunitense): J.A. MARTÍNEZ-LÓPEZ, P. MUNUERA-GÓMEZ, "Surrogacy in the United States: Analysis of Sociodemographic Profiles and Motivations of Surrogates", in *Reproductive BioMedicine Online* 49/2024, p. 1 ss.

<sup>22</sup> Per un'illustrazione degli interessi e dei diritti dei soggetti coinvolti, L. POLI, "Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale", in *BioLaw Journal* 3/2015, p. 12 ss.

<sup>23</sup> Art. 12, l. 19 febbraio 2004, n. 40.

<sup>24</sup> A. PISU, "Salute procreativa e gestazione per altri: Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata", in *BioLaw Journal* 2/2022, p. 306 ss.

che lucrativa, non avendo il legislatore fornito una definizione di GPA, che, come visto sopra, include, tra l’altro, molteplici fattispecie<sup>25</sup>.

Questa «scelta discutibile»<sup>26</sup> diventa ancora più opinabile alla luce delle modifiche introdotte dalla l. n. 169/2024 all’art. 12, c. 6 della l. n. 40/2004, ovvero che «se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all’estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana<sup>27</sup>». Quale è la conseguenza concreta di questa novità legislativa? Qualsiasi cittadino italiano si rechi all’estero e ivi faccia ricorso alla GPA, una volta rientrato in Italia, sarà perseguito ‘come se’ il reato fosse stato commesso in Italia ed a prescindere dal fatto che la GPA non costituisca reato nel Paese dove essa è stata intrapresa.

Dalla prospettiva di interesse di questo contributo, quella del genere come categoria analitica, il divieto ‘universale’ di GPA di cui alla l. n. 169/2024 incorpora un ideale di individuo, di genere, di riproduzione e di famiglia che rispecchia una specifica normatività. La natura penale del divieto (tale fin dalla l. n. 40/2004), nonché la sua applicabilità universale secondo la versione ‘all’italiana’ imprimono una forza giuridica a quella normatività sociale tradizionale che intendono preservare e diffondere. In altre parole, esiste, a far da sfondo e obiettivo della l. n. 169/2024, uno schema sociale costituito da aspettative tra loro connesse che riguardano i ruoli, i comportamenti, gli attributi, le attitudini e le relazioni sociali, incluse quelle familiari<sup>28</sup>. Questo schema, giuridicamente riprodotto nel divieto universale di GPA, colloca la riproduzione come atto esclusivo di un modello di genitorialità eterosessuale e bigenitoriale.

Soffermandosi sui contenuti e le premesse della GPA all’italiana, i prossimi paragrafi introducono questo modello, affrontando quale sia l’impatto sui diritti umani di un simile indirizzo di politica del diritto. Seguirà una riflessione finale sugli effetti normativi della portata del divieto *ex l. n. 169/2024*, da intendersi in senso lato, come attinenti alle norme che dettano e orientano il comportamento, quale che sia la loro fonte.

<sup>25</sup> L’interpretazione della nozione di GPA non è priva di incertezze: si rimanda a T. TRINCHERA, “Limiti spaziali all’applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all’estero”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 4/2017, p. 1395; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, p. 142; V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, p. 350 ss.

<sup>26</sup> E. DOLCINI, “La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici”, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo. Tomo II*, S. CANESTRARI et al. (a cura di), Milano, 2011, p. 1551 ss.

<sup>27</sup> L. 4 novembre 2024, n. 169.

<sup>28</sup> Ho parlato a questo proposito anche di ‘normatività binaria’: G. GILLERI, *Sex, Gender, and International Human Rights Law: Contesting Binaries*, New York-Abingdon, 2024, p. 74 ss.

### 3. I significati di genere del divieto di GPA

#### 3.1. Gli stereotipi di genere

Alla base del divieto di GPA vi è uno stereotipo che riguarda il numero, il genere e l'orientamento sessuale dei genitori. Il numero: due. Il genere: uomo e donna. L'orientamento sessuale: eterosessuale.

Nella presente analisi di genere, ‘genere’, lo si ricorda ancora una volta, è utilizzato nel senso ampio di categoria di analisi socio-giuridica che include differenti identificazioni soggettive che combinano l’identità di genere, l’orientamento sessuale e le caratteristiche sessuali. Non sono solo, quindi, l’uomo o la donna (senso stretto e binario) ad interessare in quest’analisi, ma tutte quelle dinamiche interrelazionali che si fondano su comportamenti, caratteri, attitudini e ruoli che la società attribuisce agli individui in virtù della loro identità di genere, il loro orientamento sessuale e/o le loro caratteristiche sessuali<sup>29</sup>.

La norma di genere racchiusa nel divieto di GPA prevede caratterizzazioni individuali e combinazioni relazionali specifiche. Affinché la genitorialità sia riconosciuta come posizione soggettiva tipica soltanto della dimensione duale di padre-madre, è necessario non solo che i genitori siano *due*, ma che i loro generi siano *diversi*. Non vi è spazio per la monogenitorialità né per l’omogenitorialità: il sistema ideologico dell’eteronormatività rinforza il processo di denigrazione dell’identità e del comportamento di persone non eterosessuali<sup>30</sup>. Ciò perché la norma in oggetto non solo riconosce come unico ammissibile il rapporto sessuale e affettivo eterosessuale, ma implica anche l’esistenza di due soli generi e l’attrazione tra questi due generi. La binarietà (dei generi) risulta essere funzionale all’eteronormatività (degli orientamenti sessuali), derivando la natura opposta dei due generi direttamente dalla formula dicotomica uomo *versus* donna, manifestazione sociale del biologico<sup>31</sup> maschio *versus* femmina. *Tertium non datur*.

<sup>29</sup> Si veda sopra, n. 10.

<sup>30</sup> L’eteronormatività è stata chiamata in vario modo, tra cui la ‘Norma’ per Mario Mieli, l’‘eterosessualità obbligatoria’ per Adrienne Rich e l’‘eteropatriarcato aggregatore obbligatorio’ per Francisco Valdes: A. RICH, “Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence”, cit.; M. MIELI, *Elementi di critica omosessuale*, Milano, 2017<sup>3</sup>, p. 17; F. VALDES, “Unpacking Hetero-Patriarchy: Tracing the Conflation of Sex, Gender & Sexual Orientation to Its Origins”, in *Yale Journal of Law & the Humanities* 196/8, p. 168 ss. Di eteronormatività si sono occupate approfonditamente K. SCHILT, L. WESTBROOK, “Doing Gender, Doing Heteronormativity: ‘Gender Normals,’ Transgender People, and the Social Maintenance of Heterosexuality”, in *Gender & Society* 23/2009, p. 440 ss.

<sup>31</sup> Mi sono soffermata in altre sedi sulla teorizzazione tanto del genere quanto del sesso come costrutti culturali. Quest’ultimo, infatti, è costituito dall’insieme dei tratti gonadici, ormonali, anatomici e genetici che non possono che essere un *dato naturale*. Diversamente, di naturale nell’assegnazione del sesso vi è ben poco, dal momento che il modo in cui si guardano e interpretano tali dati, definendo un corpo come femminile o maschile (secondo le dominanti tassonomie binarie), è profondamente influenzato dalle norme di genere: G. GILLERI, “Gender as a Hyperconstruct in (Rare) Regional Human Rights Case-Law”, in *European Journal of Legal Studies* 12/2020, p. 25; A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, 2000, p. 3. Non è una concezione del tutto avulsa alla pratica dei diritti umani, avendolo definito tale (e in particolare, come

Avendo chiarito quale concezione di genitorialità sia riprodotta nelle l. n. 40/2004 e 169/2024, per comprendere perché la stessa sia stereotipata, è opportuno chiarire cos’è uno stereotipo e in quale modo esso rilevi sotto il profilo giuridico. Uno stereotipo è una rappresentazione cognitiva semplificata di un gruppo sociale. Come esseri umani, tendiamo a raggruppare oggetti e persone in categorie sulla base di (quelle che crediamo essere) dei criteri condivisi<sup>32</sup>. Permettendoci di semplificare e generalizzare, questo processo di categorizzazione sta alla base della stereotipizzazione che consente di formulare risposte comportamentali efficaci e rapide, soddisfando anche il principio di economia cognitiva<sup>33</sup>. Il beneficio cognitivo degli stereotipi, infatti, dipende dall’introduzione di semplicità e ordine innanzi alla realtà complessa e ricca di variazioni in cui viviamo<sup>34</sup>. La funzione degli stereotipi è tanto di semplificazione quanto di giustificazione dello *status quo*, poiché la loro perpetuazione serve a considerare come ‘inevitabili’, ‘naturali’, ‘giuste’ le posizioni sociali esistenti<sup>35</sup>.

I diritti umani si occupano da tempo degli stereotipi che limitano o annullano il godimento dei diritti umani. Si definisce stereotipo di genere in questo campo il processo di ascrivere ad un individuo determinati attributi, caratteristiche o ruoli esclusivamente sulla base del suo sesso o genere in modi che violino i diritti umani<sup>36</sup>. Rientrano, quindi, nella categoria di ‘stereotipo di genere’ tutti i processi di generalizzazione sulla base del sesso/genere, siano essi focalizzati sul comportamento sessuale, sul ruolo di genere o comportino una modalità composita di stereotipare<sup>37</sup>. L’esempio più pertinente alla presente indagine proviene dal Comitato CEDAW che monitora l’attuazione della CEDAW. Questo ha, infatti, interpretato l’obbligo degli Stati di affrontare le relazioni di genere e combattere gli

---

construcción biológica) anche la Corte interamericana dei diritti umani : *Opinión consultiva solicitada por la República de Costa Rica: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* [2017] Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-24/17. Cf. T. DREYFUS, “The ‘Half-Invention’ of Gender Identity in International Human Rights Law: From CEDAW to the Yogyakarta Principles”, in *Australian Feminist Law Journal* 37/2012, p. 33.

<sup>32</sup> S.T. FISKE, “Stereotyping, Prejudice, and Discrimination”, in *The Handbook of Social Psychology*, D.T. GILBERT, S.T. FISKE, G. LINDZEY (eds), McGraw-Hill, New York, 1998<sup>4</sup>, p. 357 ss.

<sup>33</sup> S.T. FISKE, S.E. TAYLOR, *Social Cognition: From Brains to Culture*, Sage, Los Angeles-London-New Delhi-Singapore-Washington DC, 2013<sup>2</sup>, p. 281.

<sup>34</sup> R.R. VALTORTA, A. SACINO, C. BALDISSARRI, C. VOLPATO, “L’eterno femminino. Stereotipi di genere e sessualizzazione nella pubblicità televisiva”, in *Psicologia sociale, Social Psychology Theory & Research* 2/2016, p. 182; P. GLICK, S.T. FISKE, “The Ambivalent Sexism Inventory: Differentiating Hostile and Benevolent Sexism”, in *Journal of Personality and Social Psychology* 70/1996, p. 491 ss.; C. VOLPATO, *Psicosociologia del maschilismo*, Roma-Bari, 2013; L. ARCURI, M. CADINU, *Gli stereotipi: Dinamiche psicologiche e contesto delle relazioni sociali*, Bologna, 2011.

<sup>35</sup> M.J. LERNER, *The Belief in a Just World. Perspectives in Social Psychology*, Boston, MA, 1980, p. 9 ss.

<sup>36</sup> S. CUSACK, A. TIMMER, “Gender Stereotyping in Rape Cases: The CEDAW Committee’s Decision in *Vertido v The Philippines*”, in *Human Rights Law Review* 11/2011, p. 329 ss.

<sup>37</sup> R. COOK, S. CUSACK, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, 2010, p. 20 ss.

stereotipi su cui queste si basano come uno degli obblighi fondamentali ai fini dell’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne<sup>38</sup>.

Si badi bene: sono ritenuti contrari ai dettami dei diritti umani non tutti gli stereotipi, ma soltanto quelli che hanno come effetto quello di condurre alla discriminazione ingiustificata<sup>39</sup>. Esistono, infatti, due tipi di stereotipi, che si distinguono in virtù del loro contenuto, positivo o negativo. Mentre entrambe le tipologie giocano un ruolo nella costruzione di squilibri all’interno delle relazioni di genere<sup>40</sup>, è l’impatto che lo stereotipo produce, piuttosto che il suo contenuto, a determinarne la natura ‘buona’ o ‘cattiva’. Lo stereotipo che rileva per i diritti umani è, infatti, quello che provoca lo sminuimento della dignità e del valore dell’individuo<sup>41</sup>. Anche uno stereotipo ‘benevolo’, infatti, come l’attribuire determinate caratteristiche positive ad una certa categoria di genere – ‘le donne sono madri tenere e sensibili’ – può scatenare effetti negativi sui diritti della persona appartenente al gruppo stereotipato ‘positivamente’<sup>42</sup>.

La CEDAW pone in capo agli Stati contraenti l’obbligo di eliminare gli stereotipi di genere nocivi (‘*wrongful gender stereotypes*’) in tre disposizioni. Segnatamente, l’art. 2, lett. f) impone agli Stati parte di condannare la discriminazione contro le donne in tutte le sue forme, adottando «tutte le misure adeguate volte a modificare o abrogare qualsiasi legge, disposizione, regolamento, consuetudine o pratica che costituisca discriminazione nei confronti della donna<sup>43</sup>». Parimenti, l’art. 10, lett. c), occupandosi di istruzione, obbliga gli Stati ad intraprendere le misure adeguate all’eliminazione della discriminazione contro le donne, assicurando, su basi uguali tra l’uomo e la donna, «l’eliminazione di ogni concezione stereotipata dei ruoli dell’uomo e della donna a tutti i livelli e di ogni

<sup>38</sup> Si vedano, tra gli altri, Comitato per l’eliminazione della discriminazione contro le donne, *General Recommendation No 25: Temporary Special Measures (art 4, para 1)*, UN Doc. A/59/38 Part I del 2004, par. 7. Cf. R. HOLTMAAT, “The CEDAW: A Holistic Approach to Women’s Equality and Freedom”, in *Women’s Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, A. HELLUM, H. SINDING AASEN (eds), Cambridge, 2013, p. 95 ss.

<sup>39</sup> R. COOK, S. CUSACK, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, 2010

<sup>40</sup> Si veda A. APPIAH, “Stereotypes and the Shaping of Identity”, in *California Law Review* 88/2000, p. 41 ss.; B. RUDOLF, M.A. FREEMAN, C. CHINKIN (eds), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*, Oxford, 2012, p. 147 ss.

<sup>41</sup> Cf. Comitato per l’eliminazione della discriminazione contro le donne, *General Recommendation No 25: Temporary Special Measures (art 4, para 1)*, cit., par. 7; S. MOREAU, “The Wrongs of Unequal Treatment”, in *University of Toronto Law Journal* 54/2004, p. 301 ss. Le conseguenze possono anche essere distributive, riguardanti, cioè, l’indiretta soppressione della dignità dell’individuo attraverso la negazione dell’equa ripartizione dei beni pubblici: N. FRASER, *Justice Interruptus: Critical Reflections on the ‘Postsocialist’ Condition* (Routledge 1997) 11-39; R. COOK, S. CUSACK, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, cit., p. 59 ss.

<sup>42</sup> Il ‘sessismo benevolo’, infatti, «concorre potentemente al mantenimento delle disparità di genere»: R.R. VALTORTA, A. SACINO, C. BALDISSARRI, C. VOLPATO, “L’eterno femminino. Stereotipi di genere e sessualizzazione nella pubblicità televisiva”, in *Psicologia sociale, Social Psychology Theory & Research* 2/2016, p. 182.

<sup>43</sup> Art. 2, lett. f), *Convenzione per l’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne*, cit.

forma di insegnamento [...]» (enfasi aggiunta). Quest’ultima disposizione assume particolare rilievo dal momento che introduce un approccio simmetrico ai due generi, riferendosi non solo alla posizione di subordinazione femminile, cui si ispira il resto dell’impianto di CEDAW (e della maggior parte delle fonti di *hard* e *soft law* nel regime dei diritti umani<sup>45</sup>), ma ad entrambe le posizioni soggettive dell’uomo e della donna.

A tal proposito, la norma chiave per il contrasto alle dinamiche asimmetriche fondate sull’inferiorità e sulla superiorità dei generi è l’art. 5, lett. a), che impone agli Stati di prendere qualsiasi misura volta a

modificare gli schemi ed i modelli di comportamento di matrice socioculturale degli uomini e delle donne con l’obiettivo di raggiungere l’eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro genere, basate sulla convinzione dell’inferiorità o della superiorità dell’uno o dell’altro sesso o sull’idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne [...]» (enfasi aggiunta).

È già stato illustrato in altre sedi il potenziale della norma contenuta nell’art. 5, lett. a) ai fini della protezione di tutti i soggetti di genere, dentro e fuori dal binario uomo/donna<sup>47</sup>. Ciò che importa per la critica agli stereotipi sottesi alla legislazione italiana sulla GPA condotta in questo contributo è l’applicabilità della protezione dei diritti umani contro stereotipi che concernono non solo le donne – nel caso del divieto italiano, donne *single* cui era già impedito l’accesso alla procreazione assistita ai sensi dell’art. 5 della l. n. 40/2004 – ma anche gli uomini gay, posti, così, in condizioni di ‘inferiorità’.

Nel regime internazionale dei diritti umani, l’estensione della protezione contro i ruoli stereotipati a qualsiasi differenziale di potere *ex art. 5, lett. a)* CEDAW consente di identificare la donna *single* e la coppia di uomini gay come vittime di un discorso di genere esclusivo ispirato alla grammatica dello stereotipo sull’inidoneità alla genitorialità da parte di chi non si trova in una coppia bigenitoriale eterosessuale. Tale stereotipo sul ‘fare’ i genitori si accompagna ad altri quali l’incapacità di ‘essere’ genitori in virtù de: (i) l’assenza di un legame biologico con il figlio<sup>48</sup>; (ii)

<sup>44</sup> Art. 10, lett c), *ibidem*.

<sup>45</sup> D. OTTO, “International Human Rights Law: Towards Rethinking Sex/Gender Dualism and Asymmetry”, in *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, M. DAVIES, V.E. MUNRO (eds), New York-Abingdon, 2013, p. 197 ss.

<sup>46</sup> Art. 5, lett. a), *Convenzione per l’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne*, cit. Altri strumenti internazionali contengono delle disposizioni formulate similmente all’art. 5, lett. a) CEDAW, quali, per esempio, l’art. 2, *Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa* dell’11 luglio 2003, CAB/LEG/66.6; nonché l’art. 7, lett e), *Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women* del 9 giugno 1994, OASTS A-61.

<sup>47</sup> G. GILLERI, “Women, and All of Us: Article 5(a) CEDAW as a Protection for All Gendered Individuals”, cit., p. 137. Cf. D. ROSENBLUM, “Unsex CEDAW, or What’s Wrong with Women’s Rights”, cit., p. 147 ss.

<sup>48</sup> Stereotipo riprodotto dalla Corte europea nella sua giurisprudenza sulla GPA: si veda sotto, par. 3.3.

la mancata esperienza della gravidanza all'interno del corpo della donna dentro la coppia come elemento essenziale della genitorialità; (iii) l'artificialità della modalità riproduttiva che svuota la genitorialità del suo fondamento biologico; (iv) la mancanza di una complementarietà tra i generi dei due genitori; nonché, nel caso della donna *single*, (v) la solitudine nella crescita della prole.

Dal punto di vista della filiazione, della crescita dei figli e della natura del rapporto tra genitori, sono stati identificati ulteriori stereotipi che sono frequentemente utilizzati per giustificare le obiezioni alla genitorialità omosessuale e, in parte, alla monogenitorialità. Tra questi: (a) i figli devono avere una mamma e papà, non solo uno o una dei due, né tanto meno due mamme o due papà; quindi (b) le persone lesbiche, quelle gay e i *single* non sono in grado di crescere un figlio; specialmente perché (c) le relazioni omosessuali sono incapaci di garantire una continuità familiare perché comunemente ritenute promiscue rispetto a quelle eterosessuali, così come il genitore *single* tende a passare con maggiore facilità da una relazione all'altra; pertanto, (d) i figli delle coppie omosessuali riscontrano più problemi psicologici di quelli di coppie eterosessuali, rischiando di diventare più facilmente omosessuali a loro volta<sup>49</sup>. Ugualmente, (e) i figli di genitori *single* crescono senza l'esempio di una coppia genitoriale, ciò che cagiona loro problemi caratteriali, difficoltà o fragilità psichica<sup>50</sup>.

Questi preconcetti sull'idoneità ad essere genitori dimostrano che la genitorialità è, quindi, un processo culturalmente costruito<sup>51</sup>, che assume differenti colori, forme e contorni a seconda dei fattori socioculturali che concorrono a, e competono nel, determinarla. Da un punto di vista degli assunti di politica del diritto, il divieto di GPA *ex l. n. 169/2024* concepisce la GPA come una deviazione riproduttiva che permette a *chiunque* di diventare genitore, ponendosi in netto contrasto con la *ratio* del divieto: preservare una forma di genitorialità composta da due genitori eterosessuali, fondata sull'apparente complementarietà di corpi e ruoli maschili e femminili. Sono questi i tratti fondamentali di una normatività di genere che l'art. 12 della l. n. 40/2004 come aggiornato dalla l. n. 169/2024 mira a difendere e perpetuare.

Questa norma di genere si fonda su uno stereotipo complesso, che combatte i modelli alternativi derivanti da pratiche in cui cooperano figure diverse quali la gestante, il genitore o i genitori sociali e, talvolta, i donatori o le donatrici dei gameti. Non è certo detto che tutti questi soggetti vengano a costituire una famiglia in senso affettivo; varie declinazioni relazionali sono possibili. Ad ogni modo, resta imprevedibile quale forma di legame tutte queste persone intendano creare tra di loro e, parimenti, se questo sia informale o formalizzato. Nel decidere sulle persone e i contenuti delle interazioni, il divieto di GPA impone un'unica modalità relazionale

<sup>49</sup> V. LINGIARDI, *Citizen gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale*, Milano, 2007.

<sup>50</sup> C. LALLI, *Gli aspetti bioetici dell'essere genitori*, Milano, 2011.

<sup>51</sup> A. MOLINO, *La Gestazione per altri in Italia: un'analisi esplorativa sui fattori che ne influenzano atteggiamenti e opinioni*, Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Filosofia, Sociologia, Pedagogia e Psicologia Applicata, 2023/2024, p. 38 ss.

secondo una specifica normatività di genere. Questa normatività è controversa anche sotto il profilo discriminatorio.

### 3.2. Tutela antidiscriminatoria e principio di uguaglianza

Come con ogni altro divieto che impedisce di fare qualcosa a qualcuno, il divieto di GPA traccia il confine tra ciò che ‘si può’ e ‘non si può’ fare. L’ambito del potere è da intendersi più precisamente come terra della legalità, le cui frontiere sono violate da coloro che ricorrono alla GPA. Questi ultimi sconfinano nel territorio dell’illegalità e sono, pertanto, perseguitabili. Distinguere i comportamenti leciti ed illeciti significa anche operare una differenziazione di trattamento tra, da un lato, coloro che ricorrono alla GPA per diventare genitori e, dall’altro, coloro che diventano genitori senza ricorrervi. Nel primo grande gruppo sono incluse, come riportano le ormai note statistiche, persone *single*, coppie omosessuali e coppie eterosessuali infertili. Insomma, vari gruppi, seppur in proporzioni diverse, rappresentativi di (alcuni di) quelli che compongono il corpo sociale.

Questa macrodistinzione aiuta soltanto limitatamente a cogliere quali gruppi siano maggiormente colpiti dal divieto. Infatti, la l. n. 40/2004, come modificata dalla l. n. 169/2024, si applica a chiunque faccia ricorso alla GPA, in Italia o all'estero. Come anticipato nell'introduzione, un'interpretazione attenta del divieto all'interno del contesto normativo dell'ordinamento italiano porta a concludere che lo stesso colpisce primariamente le coppie omosessuali e le persone *single*. Con poca probabilità, infatti, l'ufficio dello stato civile si interrogherà sulle modalità di nascita dei figli di coppie eterosessuali che ad esso si siano rivolti per chiedere la formazione del relativo atto di nascita. Al contrario, l'ufficio verosimilmente si opporrà ad analoga richiesta (o alla richiesta di trascrizione dell'atto di nascita) da parte di coppie omosessuali o di persone *single*. D'altronde – e a riprova della tesi sostenuta in questo contributo – è stata la stessa Onorevole Carolina Varchi, da cui il nome dell'iniziativa per il disegno diventato poi l. n. 169/2024, ad aver lasciato trapelare che il divieto di GPA ex l. n. 40/2004 è quello di impedire la genitorialità di persone gay, lesbiche, bisessuali e transgender<sup>52</sup>.

I profili discriminatori della l. n. 169/2024 appaiono ancora più marcati se si tiene conto del travagliato e frammentato percorso di riconoscimento giuridico in Italia della relazione parentale tra genitore sociale e figlio nato all'estero. È fatto noto che l'assenza di una regolamentazione sulla registrazione anagrafica dei figli di coppie omogenitoriali lasci spazio a soluzioni disomogenee i cui autori sono i

---

<sup>52</sup> S. ALLIVA, “La nuova deriva dell’omotransfobia: attacchi e violenze anche contro gli attivisti LGBT”, in *L’Espresso*, 28 giugno 2024, disponibile su [www.lespresso.it](http://www.lespresso.it); E. MARTINI, “Gpa reato universale, l’‘obbrobrio giuridico’ è legge. Inapplicabile”, in *il manifesto*, 17 ottobre 2024, disponibile su [www.ilmanifesto.it](http://www.ilmanifesto.it).

tribunali o i comuni<sup>53</sup>. In questo panorama, la discriminazione *nella* discriminazione riguarda in particolare le coppie di uomini gay, rispetto alle coppie di donne lesbiche. Non a caso, la recente circolare n. 3/2023 del Ministero dell'Interno ha invitato i Sindaci a conformarsi alla sentenza della Corte di Cassazione n. 38162<sup>54</sup>, riprodotta nella circolare, in cui si negava la trascrizione di un certificato di nascita di un bambino nato in Canada attraverso la GPA, figlio di una coppia di due uomini italiani, poiché contraria all'ordine pubblico<sup>55</sup>.

Un'altra osservazione complica la comprensione della differenziazione ingiustificata di trattamento. Guardando all'intero impianto legislativo composto dalla l. n. 40/2004 e dalla successiva l. n. 169/2024, non si può trascurare che è lo stesso art. 5 della l. n. 40/2004 a consentire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita soltanto a «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», sempreché sia stata accertata o dichiarata l'infertilità di uno o di entrambi i membri della coppia<sup>56</sup>. In virtù di questo stesso divieto è impedita la trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero riportante entrambi i padri, essendo possibile il riconoscimento del solo padre biologico. Quanto alle coppie omogenitoriali lesbiche, è più raro che si rechino all'estero per accedere alla GPA, ricorrendo piuttosto alla fecondazione eterologa, motivo per cui si rintraccia una tendenza (seppur non generalizzata) a riconoscere gli atti di nascita formati in un altro Stato che riportino la doppia maternità, non esistendo, nel caso di due donne, ragioni ostative di ordine pubblico<sup>57</sup>. Fomentare divisioni intragruppali non giova ai diritti di nessuno, specialmente se si tratta di differenze di trattamento fondate su semplificazioni di un quadro così intricato qual è quello istituzionale e giurisprudenziale sul tema<sup>58</sup>. Lungi dal sollecitare fratture da

<sup>53</sup> G. FERRANDO, “Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze”, in *GenIUS* 2/2017, p. 2 ss.; M. DOGLIOTTI, “Davanti alle sezioni unite della Cassazione i ‘due padri’ e l’ordine pubblico. Un’ordinanza di rimessione assai discutibile”, in *articolo29*, 2018, disponibile su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it); M. WINKLER, “Friends to Our Children: omogenitorialità e diritto internazionale private”, in *Omogenitorialità: filiazione, orientamento sessuale e diritto*, A. SCHUSTER (a cura di), Milano, 2011, p. 115 ss.; S. TONOLO, “Lo status filiationis da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione”, in *GenIUS* 2/2019, p. 61 ss.; F. BIOTTA, “Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare”, in *Omogenitorialità: filiazione, orientamento sessuale e diritto*, A. SCHUSTER (a cura di), Milano, 2011, p. 163 ss.;

<sup>54</sup> Ministero dell'Interno, circolare n. 3/2023 del 19 gennaio 2023.

<sup>55</sup> Corte di Cassazione (sezioni unite civili), sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162. C.f. Corte di Cassazione (sezioni unite civili), sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193 che ha ritenuto inammissibile l'attribuzione della paternità al genitore intenzionale poiché in contrasto al divieto di GPA.

<sup>56</sup> Art. 4, l. 40/2004, cit.

<sup>57</sup> Sull'urgenza di legiferare per garantire ai nati da fecondazione eterologa praticata all'estero pieni diritti alla cura, all'educazione, all'istruzione e alla stabilità dei rapporti affettivi, si veda Corte Costituzionale, sentenza del 9 marzo 2021, n. 32.

<sup>58</sup> Per un'illustrazione delle ipotesi presentate più frequentemente innanzi alla giurisprudenza, S. CECCHINI, “L'irenica svalutazione della differenza sessuale nel dibattito sulla genitorialità sociale”, in *BioLaw* 3/2024, p. 257 ss., n. 10. Cf. G. FERRANDO, “La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori, in *Famiglia e diritto* 7/2021, p. 704 ss.; E. FALLETTI, “Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo”: riflessioni comparate su *status*, genitorialità

*identity politics*, preme a quest'indagine rilevare l'esistenza di un differente trattamento riservato alle coppie omogenitoriali e caratterizzato da una serie di sfumature interne più o meno identificabili a seconda delle circostanze del caso e della composizione delle coppie.

Oltre a discriminare sulla base dell'orientamento sessuale, il divieto di GPA all'italiana, letto in combinato disposto con l'art. 5 della l. n. 40/2004, prevede un trattamento ingiustificato sulla base del numero di genitori. Le persone *single*, ai sensi di questo articolo, non possono accedere alla procreazione medicalmente assistita, essendo tali pratiche consentite soltanto alle coppie<sup>59</sup>. Sul punto, sarà interessante conoscere l'esito del procedimento davanti alla Corte Costituzionale, innanzi alla quale il Tribunale di Firenze ha di recente sollevato la questione di legittimità costituzionale, chiedendo se sia conforme alla Costituzione la mancata previsione della possibilità per le donne *single* di accedere alla procreazione medicalmente assistita<sup>60</sup>. Una donna *single* quarantenne originaria di Torino aveva, infatti, chiesto di poter accedere alla procreazione medicalmente assistita presso un centro in Toscana, ricevendo dallo stesso un diniego basato sul sopraccitato divieto di accesso alle pratiche di procreazione assistita alle persone *single ex art. 5*.

Il soffocamento di diritti delle coppie omosessuali e delle persone *single* ha labirintiche forme. Pertanto, la tutela antidiscriminatoria nell'accesso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita e, in particolare, di GPA dovrebbe essere poliedrica, riguardando, anzitutto, l'autodeterminazione nelle scelte procreative dei soggetti che desiderano diventare genitori<sup>61</sup>. Queste riguardano, per così dire, sia l'*an* che il *quantum*: diventare genitori? Se sì, quando? Con quale modalità? E genitori di quanti figli? Manca, insomma, nella normativa vigente in Italia la garanzia di eguali diritti tra uomini e donne nel decidere «*freely and responsibly*» sul «*number and spacing of children*» protetto dall'art. 16 CEDAW. Le fonti e la giurisprudenza internazionali sui diritti sessuali e riproduttivi hanno riguardato, ad oggi, principalmente le donne. In virtù dell'interpretazione dell'art. 5(a) CEDAW proposta sopra, che obbliga gli Stati ad adottare le misure necessarie volte a modificare le pratiche socioculturali che perpetuano e rinforzano l'inferiorità o la

e GPA”, in *Famiglia e diritto* 7/2020, p. 743 ss.; M. PICCHI, “Figli di un dio minore”: quando lo *status filiationis* dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale), in *Forumcostituzionale.it* 1/2021.

<sup>59</sup> In realtà, lo stesso ragionamento si applica alla genitorialità *queer* dalle imprevedibili e multiple forme, in cui le relazioni di filiazione non solo prescindono dal legame biologico, ma possono coinvolgere nel ruolo genitoriale plurimi soggetti in numero superiore a due: S. MARVEL, “Polymorphous Reproductivity and the Critique of Futurity: Toward a Queer Legal Analytic for Fertility Law”, in *Jindal Global Law Review* 4/2013, p. 294 ss.; N. PALAZZO, “Meet the Queer Family: A Roadmap towards Legal Recognition”, in *Whatever: A Transdisciplinary Journal of Queer Theories and Studies* 4/2021, p. 295 ss.; A. VACCARO, “Toward Inclusivity in Family Narratives: Counter-Stories from Queer Multi-Parent Families”, in *Journal of GLBT Family Studies* 6/2010, p. 425 ss.; E. PAIN, “Queer Polyfamily Performativity: Family Practices and Adaptive Strategies Among LGBTQ + Polyamorists”, in *Journal of GLBT Family Studies* 16/2019, p. 277 ss.

<sup>60</sup> Tribunale di Firenze (sezione I civile), ordinanza dell'11 settembre 2024.

<sup>61</sup> A.G. ANDAL, “Whose Autonomy, Whose Interests? A Donor-Focused Analysis of Surrogacy and Egg Donation from the Global South”, in *Developing World Bioethics* 2023/23, p. 99 ss.

superiorità di uno dei generi, l'approccio alla protezione di tali diritti potrebbe ben tutelare qualsiasi persona, a prescindere dal suo genere.

La presente tesi è supportata dall'interpretazione fornita nel General Comment n. 24 del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite<sup>62</sup>, in tema di diritto alla salute e, in particolare, diritti riproduttivi e sessuali ai sensi dell'art. 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, il quale sottolinea l'obbligo degli Stati parte di garantire l'equo accesso alla salute sessuale e riproduttiva, eliminando la discriminazione nei confronti di specifici individui o gruppi. Questo implica, il Comitato aggiunge, l'abrogazione o riforma di tutte quelle leggi e politiche che impediscono totalmente o parzialmente a certi individui e gruppi di realizzare il loro diritto alla salute sessuale e riproduttiva, dal momento che è attualmente in vigore

*a wide range of laws, policies and practices that undermine autonomy and right to equality and non-discrimination in the full enjoyment of the right to sexual and reproductive health [...]. States parties should also ensure that all individuals and groups have equal access to the full range of sexual and reproductive health information, goods and services, including by removing all barriers that particular groups may face<sup>63</sup>.*

A livello del Consiglio d'Europa, le differenze di trattamento basate soltanto ed in maniera determinante sulle considerazioni legate all'omosessualità dei genitori sono state ritenute dalla Corte europea dei diritti umani incompatibili con la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU)<sup>64</sup>. La disposizione che potrebbe applicarsi è l'art. 14 CEDU, sempreché, va da sé, il trattamento rientri in uno degli articoli sostanziali della CEDU<sup>65</sup>.

Proprio intorno all'art. 14 la Corte ha elaborato un metodo di valutazione per decidere se la differenza di trattamento equivalga ad una discriminazione<sup>66</sup>. *In primis*, si stabilisce quali posizioni si possano dire simili e quali differenti, per poter poi determinare se simili posizioni siano state trattate differentemente o se situazioni differenti siano state trattate similmente. In questo senso, è evidente che le posizioni

<sup>62</sup> Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 24: On the Right to Sexual and Reproductive Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)* del 2 maggio 2016, UN Doc. E/C.12/GC/22, par.

<sup>63</sup> Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 24: On the Right to Sexual and Reproductive Health*, cit., par. 34.

<sup>64</sup> *Inter alia*, Corte europea dei diritti umani: *Pajić c. Croazia*, ricorso n. 68453/13, sentenza del 23 febbraio 2016, par. 84; *Ratzenböch e Seydl c. Austria*, ricorso n. 28475/12, sentenza del 26 ottobre 2017, par. 32; *Beizaras e Levickas c. Lituania*, ricorso n. 41288/15, sentenza del 14 gennaio 2020, par. 106-116; *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, ricorso n. 3329096/96, sentenza del 21 dicembre 1990, par. 36; *E.B. c. Francia*, ricorso n. 43546/02, sentenza del 22 gennaio 2008, par. 93-96.

<sup>65</sup> *Inter alia*, C. DANISI, "How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight against Discrimination? Defining New Standards in Its Nondiscrimination Jurisprudence", in *International Journal of Constitutional Law* 9/2011, p. 793 ss.

<sup>66</sup> Corte europea dei diritti umani: *Guberina c. Croazia*, ricorso n. 23682/13, sentenza del 22 marzo 2016, par. 66-74; *Molla Sali [GC]*, ricorso n. 20452/14, sentenza del 19 dicembre 2018, par. 133-137.

di coppie omosessuali e individui *single* da un lato e coppie eterosessuali dall’altro lato siano diverse quanto a possibilità riproduttive, ma – ciò che conta per la l. n. 40/2004 e successive modifiche – è altrettanto chiara la similare posizione della coppia gay o della persona *single* che richiede all’ufficiale di stato civile l’iscrizione nei registri dei propri figli: in entrambe le situazioni il genere e il numero dei genitori costituiscono un dato palese agli occhi di chi trascrive o forma l’atto. Il secondo *step* del ragionamento della Corte è una domanda cui si è qui sopra già ampiamente risposto, ossia se lo Stato tratti tutte le persone in discussione allo stesso modo o in modo differente all’interno della sua legislazione o nella sua prassi. Per la GPA all’italiana, la legge traccia indirettamente dei confini tra i soggetti cui il divieto è applicabile e soggetti cui il divieto si applica *sicuramente*.

È improbabile, però, che la Corte, qualora adita, possa considerare conforme alla sua giurisprudenza *ex art. 14 CEDU* un divieto, quale quello italiano, che, attraverso una forma indiretta di discriminazione, colpisce principalmente coppie di genitori omosessuali<sup>67</sup>. Vi è da tenere in considerazione che non tutte le differenze di trattamento sono da ritenersi discriminatorie. Ai sensi dell’art. 14 CEDU, la differenziazione costituisce discriminazione quando non si fonda su una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè a dire non persegue un obiettivo legittimo oppure non è riscontrabile una relazione di proporzionalità tra i mezzi e il fine da realizzare<sup>68</sup>. Nel proteggere le questioni legate all’orientamento sessuale come quelle legate al sesso (tra cui ricade la GPA), il divieto di discriminazione richiede che le differenziazioni siano accompagnate da giustificazioni particolarmente convincenti e solide, mentre il margine di apprezzamento è da considerarsi ristretto<sup>69</sup>. Esistono, pertanto, delle giustificazioni ragionevoli e oggettive al divieto di GPA e, in caso affermativo, tale divieto persegue un obiettivo legittimo in maniera proporzionata? Sarebbe esageratamente ambizioso pretendere di risolvere questo quesito nei prossimi paragrafi. Ciò che il presente contributo non può, invece, tralasciare è una, se non ‘la’, giustificazione che più comunemente il Governo italiano ha addotto a difesa della l. n. 40/2004 e della l.169/2024: il corpo della donna.

<sup>67</sup> Invero, la Corte ha affrontato, ad oggi, solo le violazioni conseguenti al rifiuto delle autorità dello Stato di residenza di trascrivere gli atti di nascita di bambini nati da GPA in Corte europea dei diritti umani: *Mannesson c. Francia*, cit.; *Labassee c. Francia*, cit.; *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.; *Riconoscimento nel diritto nazionale di una relazione di filiazione tra un bambino nato in maternità surrogata praticata all'estero e la madre dell'intenzione*, cit.; *C. e E. c. Francia*, cit.; *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18, sentenza del 16 luglio 2020; *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, cit.; *S.-H. c. Polonia*, cit.; *A.L. c. Francia*, cit.; *D.B. e altri c. Svizzera*, cit.; *K.K. e altri c. Danimarca*, cit.; *C. c. Italia*, cit.

<sup>68</sup> Corte europea dei diritti umani: *Molla Sali*, ricorso n. 20452/14, sentenza del 19 dicembre 2018, par. 135; *Fabris c. Francia* [GC], ricorso n. 16574/08, sentenza del 7 febbraio 2013, par. 56.

<sup>69</sup> Corte europea dei diritti umani: *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, cit., par. 28; *Alekseyev c. Russia*, ricorsi n. 4916/07 e altri due, sentenza del 21 ottobre 2010, par. 108; *P.V. c. Spagna*, ricorso n. 35159/09, sentenza del 30 novembre 2010, par. 30.

### 3.3. Le donne nella GPA

Tra le considerazioni di carattere bioetico sul ruolo della donna, la gestante è spesso ritratta nella sua funzione di ‘fabbrica’ di bambini come il soggetto che la legge deve tutelare poiché privata della sua dignità di essere umano, rimanendo vulnerabile a pressioni averti radici socioeconomiche che ne minerebbero la capacità decisionale<sup>70</sup>. L’ineguaglianza socioeconomica è identificata come il principale fattore di rischio che induce una donna a prestare il proprio corpo alla GPA, collocandola geograficamente soprattutto in Paesi del Sud Globale<sup>71</sup>. In particolare, le problematiche che animano il dibattito attuale riguardano la tutela dell’autonomia e della vulnerabilità delle gestanti anche sotto il profilo del potere contrattuale di cui godono le stesse all’interno della negoziazione dei contratti di GPA<sup>72</sup>.

Insieme al sopraccitato divieto di discriminazione (art. 14 CEDU), il diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU) ed il divieto di trattamenti crudeli, inumani e degradanti, in particolare diritto all’integrità fisica e psichica (art. 3 CEDU), sembrerebbero essere tra le disposizioni più pertinenti alla disamina dei ricorsi su questioni inerenti alla GPA. Tuttavia, le decisioni della Corte europea dei diritti umani sulla GPA si sono concentrate, ad oggi, sul diritto alla vita privata e familiare dei figli e dei genitori, guardando principalmente alla trascrizione dell’atto di nascita formatosi all’estero<sup>73</sup> anziché direttamente al corpo della donna gestante. Soltanto nella decisione *D. ed altri c. Belgio* la Corte ha affrontato l’art. 3 CEDU, dal punto di vista dei trattamenti crudeli, inumani e degradanti presumibilmente subiti non però

<sup>70</sup> Cf. P. VERONESI, “Corpi e questioni di genere: le violenze (quasi) invisibili”, in *GenIUS* 2/2020, p. 8 ss.; B. PEZZINI, “Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri”, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, p. 183 ss.

<sup>71</sup> J.L. PEET, “A Womb That Is (Not Always) One’s Own: Commercial Surrogacy in a Globalized World”, in *International Feminist Journal of Politics* 18/2016, p. 171 ss.; S.J. KHADER, “Intersectionality and the Ethics of Transnational Commercial Surrogacy”, in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 6/2013, p. 6 ss. Guardando alle dinamiche Nord-Sud, Fayemi e Chimakonam hanno avanzato una prospettiva alternativa alle narrazioni che permeano il discorso occidentale, applicando alla GPA la teoria sociale Afro-comunitaria del filosofo sudafricano Thaddeus Metz, fondata sull’idea di una relazionalità solidaristica per la quale un’azione è giusta quando permette di vivere armoniosamente ed apprezzare le relazioni comunitarie, in cui le persone si identificano tra loro e manifestano solidarietà reciproca: A.K. FAYEMI, A.E. CHIMAKONAM, “Global Justice in the Context of Transnational Surrogacy: An African Bioethical Perspective”, in *Theoretical Medicine and Bioethics* 43/2022, p. 75 ss.

<sup>72</sup> S. ZULLO, “Dal divieto alla regolamentazione ‘a contratto’ della gestazione per altri: ragioni normative a confronto”, in *BioLaw Journal* 2/2024, p. 115 ss.

<sup>73</sup> La Corte valuta caso per caso se e in che misura il diritto alla vita privata e/o familiare sia stato violato, considerando, per esempio: la durata della convivenza tra genitori e minore; l’effettività dei legami ed il ruolo effettivamente assunto dai genitori intenzionali nei confronti del minore; la gravità o l’irreparabilità del danno derivante dalla separazione del minore dai genitori; la sussistenza di misure necessarie a perseguire fini legittimi: *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.; *C. e E. c. Francia*, cit.; *D. c. Francia*, cit.; *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, cit.; *S.-H. c. Polonia*, cit.; *A.L. c. Francia*, cit.; *D.B. e altri c. Svizzera*, cit.; *K.K. e altri c. Danimarca*, cit.; *C. c. Italia*, cit.

dalla gestante, bensì dal figlio a seguito del suo allontanamento dai genitori intenzionali<sup>74</sup>.

Sono un esempio, invece, della lente dell'art. 8 CEDU applicata alla GPA, *Mannesson c. Francia*<sup>75</sup> e *Labassee c. Francia*<sup>76</sup>, tra le altre<sup>77</sup>. In queste decisioni, per la Corte, vista la mancanza di un *consensus* europeo sul punto, gli Stati godono, in linea di principio, di un margine di apprezzamento ampio. La privazione del rapporto di filiazione produce, però, un effetto negativo sull'identità del minore<sup>78</sup> ai sensi dell'art. 8 CEDU quando l'impossibilità di veder riconosciuto lo *status filiationis* è assoluta, come la Corte ha avuto modo di esplicitare anche nel suo primo parere consultivo reso ai sensi del Protocollo n. 16<sup>79</sup>. Secondo la Corte, infatti, il rifiuto delle autorità nazionali di trascrivere l'atto di nascita costituisce violazione dell'art. 8 CEDU, essendo una misura non necessaria che contrasta con l'interesse superiore del minore<sup>80</sup>, nonostante che, in astratto, la prevenzione del turismo procreativo<sup>81</sup> e della mercificazione del corpo della donna gestante sia da considerarsi, a parer della Corte, una finalità legittima volta a proteggere la salute, nonché le libertà ed i diritti altrui<sup>82</sup>.

Uno sguardo attento ai diritti delle donne coinvolte nella GPA porta a moltiplicare le prospettive, riconoscendo *altre* donne rispetto alla gestante. Nel focalizzarsi su quest'ultima, le discussioni sui 'diritti della donna' nella GPA hanno trascurato, per esempio, la madre d'intenzione che non ha fornito il materiale biologico. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani colloca questa in

<sup>74</sup> Il ricorso è stato parzialmente cancellato dal ruolo e dichiarato parzialmente inammissibile: *D. ed altri c. Belgio*, ricorso n. 29176/13, sentenza dell'8 luglio 2014, par. 68-71.

<sup>75</sup> *Mannesson c. Francia*, cit.

<sup>76</sup> *Labassee c. Francia*, cit.

<sup>77</sup> *Foulon e Bouvet c. Francia*, n. 9063/14 e 10410/14, sentenza del 21 luglio 2016; *Laborie c. Francia*, n. 44024/13, sentenza del 19 gennaio 2017.

<sup>78</sup> Per un'analisi specifica dei diritti del minore alla luce della prassi sulla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza si rinvia all'articolo di Eduardo Savarese incluso in questo Forum. Sui profili di diritto internazionale privato si rimanda a E. SAVARESE, “‘What Is Done, Is Done’: come non espugnare la filiazione internazionalprivatistica, ma armonizzarla con i diritti umani”, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2/2020, p. 265 ss.

<sup>79</sup> Si veda *Riconoscimento nel diritto nazionale di una relazione di filiazione tra un bambino nato in maternità surrogata praticata all'estero e la madre dell'intenzione*, cit., par. 42. L. POLI, “Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri”, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2/2019, p. 418 ss.

<sup>80</sup> *Mannesson c. Francia*, cit., par. 78-80. Sull'interesse superiore del minore, T. BORTOLU, “La gestazione per altri tra diritto alla procreazione, dignità umana e superiore interesse del minore. Una riflessione comparatistica”, in *Actualidad jurídica iberoamericana* 17/2022, p. 458 ss.; G. FERRANDO, “Diritti e interesse del bambino tra principi e clausole generali”, in *Politica e diritto* 1/1988, p. 167 ss.; M. CALDIRONI, “Lo status giuridico del minore: la necessità di una ricostruzione unitaria all'interno dell'Unione”, cit., p. 131 ss.

<sup>81</sup> Espressione coniata da B.M. KNOPPERS, S. LEBRIS, “Recent Advances in Medically Assisted Conception: Legal, Ethical and Social Issues”, in *American Journal of Law and Medicine* 17/1991, p. 329 ss.

<sup>82</sup> *Mannesson c. Francia*, cit., par. 62.

una posizione assai precaria, tanto nel sopracitato parere consultivo del 2019<sup>83</sup> quanto nel più recente caso *C. c. Italia*<sup>84</sup> del 2023, entrambi riguardanti coppie eterosessuali. Nel primo, la Corte ha affermato che il legame della madre intenzionale con il minore può prendere la sola forma dell'adozione e soltanto qualora la stessa sia *sposata* con il padre che è stato riconosciuto genitore avendo fornito il materiale biologico<sup>85</sup>. Nel secondo caso, la Corte ha semplicemente specificato tale orientamento. Una coppia di cittadini italiani aveva stipulato in Ucraina un contratto di GPA che prevedeva l'impianto dell'embrione da ovocita di una donatrice anonima, fecondato con lo sperma del ricorrente, nell'utero della gestante. Innanzi al rifiuto delle autorità italiane di trascrizione dell'atto di nascita estero per motivi di ordine pubblico, risultando dallo stesso il rapporto di filiazione tra una bambina nata da GPA con il padre biologico e la madre d'intenzione, la Corte ha previsto due trattamenti differenti per i membri della coppia, riscontrando una violazione dell'art. 8 CEDU soltanto nel caso del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti del padre biologico. Nei confronti della madre intenzionale, invece, il diritto al rispetto della vita privata e familiare non è stato violato, rientrando la scelta circa il riconoscimento dello *status filiationis* nel margine di apprezzamento statale. La violazione dell'art. 8 CEDU non sussiste dal momento che, potendo la donna ricorrere all'adozione in casi particolari<sup>86</sup>, l'ordinamento contempla la possibilità di riconoscere quel legame<sup>87</sup>. La sovversione del *mater semper certa est*<sup>88</sup>? Questo orientamento giurisprudenziale non convince: mentre è indiscutibile che l'indagine genetica contribuisca a ricostruire la ‘verità’ della biologia, essa non è adeguata alla creazione della ‘verità’ delle relazioni

---

<sup>83</sup> *Riconoscimento nel diritto nazionale di una relazione di filiazione tra un bambino nato in maternità surrogata praticata all'estero e la madre dell'intenzione*, cit.

<sup>84</sup> *C. c. Italia*, ricorso n. 47196/21, sentenza del 31 agosto 2023.

<sup>85</sup> «*L'épouse du père, mère d'intention, a toutefois maintenant la possibilité d'adopter l'enfant si les conditions légales sont réunies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant [...]*»: *Riconoscimento nel diritto nazionale di una relazione di filiazione tra un bambino nato in maternità surrogata praticata all'estero e la madre dell'intenzione*, cit., par. 14.

<sup>86</sup> Art. 44, l. 4 maggio 1983, n. 184, recante “Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori”, così come sostituito dalla l. 28 marzo 2001, n. 149 e modificato dalla l. 19 ottobre 2015, n. 173. S. STEFANELLI, “Stato giuridico e parentela del minore adottato in casi particolari: limiti applicativi e istanze di tutela dei nati da p.m.a. in coppia femminile e g.p.a.”, in *GenIUS* 2/2022, p. 145 ss.; F. AZZARRI, “L'adottato in casi particolari e l'unicità dello stato di figlio: riflessi sistematici del tramonto di un dogma”, in *GenIUS* 9/2022, p. 180 ss. Imprevedibile è il rinvio alla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 55, l. 184/1983 sulla parentela dell'adottato in casi particolari: Corte costituzionale, sentenza del 23 febbraio 2022, n. 79. Per una critica a quest'ultima, V. D'ALESSANDRO, “Adozione in casi particolari e legami parentali”, in *Nuovi paradigmi della filiazione. Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e delle Successioni*, V. BARBA, E.W. DI MAURO, B. CONCAS, V. RAVAGNANI (a cura di), Roma, 2023, p. 207 ss.

<sup>87</sup> *Ibidem*, par. 77.

<sup>88</sup> O. LOPES PEGNA, “*Mater (non) semper certa est!* L'impasse sulla verità biologica nella sentenza *D. c. Francia* della Corte europea”, in *Diritti umani e diritto internazionale* 15/2021, p. 709 ss. Gli interrogativi che seguono al precedente sono molti: chi è madre? Chi contribuisce col matrimonio genetico? Chi ha portato in grembo il figlio e lo ha partorito? Chi si prende cura della crescita del figlio?

familiari nelle quali all'immortalità dell'intenzionalità non corrisponde alcuna materialità genetica<sup>89</sup>.

Una nota di chiusura. Seppur questo contributo non pretenda di offrire una soluzione giuridica, etica e morale, la riflessione sui diritti delle donne non può prescindere dalla consapevolezza che vietare la GPA non può, di per sé, impedire il fenomeno né garantire una maggior tutela alla gestante, tenendo a mente che in tutti i tipi di GPA è la donna a decidere di prestare il proprio corpo per una finalità precisa, che è un *lavoro* riproduttivo personalissimo, incluso quello del travaglio – così vicino, nel suo senso di ‘lavoro’, al ‘*travail*’ francese, al ‘*trabajo*’ spagnolo, al ‘*trabalho*’ portoghese e al ‘*travagghiu*’ siciliano<sup>90</sup>. Così, al legislatore non dovrebbe rimanere altro che regolamentare la pratica – e non necessariamente con disposizioni penali<sup>91</sup> – per impedire lo sfruttamento delle gestanti, piuttosto che vietarla *in toto*<sup>92</sup>.

A tal proposito, i recenti sviluppi all’interno delle istituzioni dell’Unione europea vanno in questa direzione, facendo intendere un’attitudine generalmente accogliente nei confronti della maggior parte delle modalità di GPA. Anzitutto, vale la pena ricordare che, in virtù delle limitate competenze in materia di diritto di famiglia attribuite all’Unione europea, la Corte di giustizia si è pronunciata non tanto sulla contrarietà della pratica della o del divieto di GPA al diritto UE, quanto sulle questioni connesse al trattamento della lavoratrice che vi ha ricorso<sup>93</sup>.

Il Parlamento europeo è invece intervenuto sulla GPA nel corso delle discussioni delle proposte di due strumenti – una direttiva ed un regolamento. In primo luogo, con la *Proposta di direttiva sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, si mira a modificare la direttiva

<sup>89</sup> L. GUZZARDI, “L’illegitimità della surrogazione di maternità come reato universale: alcune riflessioni Queer”, in *Politica del diritto* 1/2024, p. 144 ss.

<sup>90</sup> Negli ultimi anni si è affermata in dottrina la necessità di regolamentare i diritti delle gestanti piuttosto che vietare la GPA: con prospettive diverse, S. ARMSTRONG, “Labour Is Labour: What Surrogates Can Learn from the Sex Work Is Work Movement”, in *Journal of Law and Society* 49/2022, p. 170 ss.; M. JANA, A. HAMMER, “Reproductive Work in the Global South: Lived Experiences and Social Relations of Commercial Surrogacy in India”, in *Work, Employment and Society* 2022/36, p. 945 ss.; S. VERTOMMEN, C. BARBAGALLO, “The In/Visible Wombs of the Market: The Dialectics of Waged and Unwaged Reproductive Labour in the Global Surrogacy Industry”, cit.

<sup>91</sup> I. Cairns, M. O’Donoghue, “Surrogacy and Criminal Law”, in *Research Handbook on Surrogacy and the Law*, K. TRIMMINGS, S. SHAKARGY, C. ACHMAD (eds), Cheltenham, 2024.

<sup>92</sup> Sulla regolamentazione come strumento di prevenzione dello sfruttamento, in particolare nel contesto cinese, si veda Y. LUO, “Regulating Surrogacy Intermediaries: A Comparative Analysis of Regulatory Approaches and Implications in the Chinese Context”, in *International Journal of Law in Context* 20/2024, p. 514 ss. Per una proposta di regolamentazione a partire dalla constatazione della natura internazionale del fenomeno di GPA, M.B. VANSADIA, “International Fertility Tourism: The Need for Uniform Laws to Protect Surrogates and Babies”, in *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2024/31, p. 227 ss. S. RUDRAPPA, “The Impossibility of Gendered Justice through Surrogacy Bans”, in *Current Sociology* 69/2021, p. 286 ss.

<sup>93</sup> Corte di giustizia, *C.D. c. S.T.*, causa C-167/12 e *Z. c. A Government department and The Board of management of a community school*, causa C-363/12, sentenza del 18 marzo 2014. Cf. M. BALBONI, “Surrogazione: per la Corte di Giustizia non c’è diritto al congedo di maternità”, in *articolo29*, 2014, disponibile su [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

2011/36/UE sulla prevenzione ed il contrasto alla tratta di esseri umani<sup>94</sup>. Non è previsto un divieto assoluto di GPA, essendo consentite tutte quelle forme che, fondate sul consenso libero e manifesto della gestante, non implicano una violazione dei diritti della persona. Sono, di contro, vietate le forme di GPA che hanno una finalità di sfruttamento riproduttivo. In secondo luogo, la proposta di regolamento sulla, *inter alia*, creazione di un ‘Certificato europeo di genitorialità’ ha l’obiettivo di proteggere la genitorialità, riconoscendola indipendentemente dalle modalità di concepimento del neonato, di nascita o dal tipo di famiglia in cui è nato<sup>95</sup>. Tale certificato avrebbe come conseguenza il riconoscimento genitoriale su scala europea: il rapporto tra i genitori e il bambino nato con GPA in, per esempio, Spagna, sarebbe riconosciuto anche in Italia<sup>96</sup>.

Regolamentare permette di lasciare aperte plurime possibilità per le quali i soggetti possono optare, pur demarcando i confini che la pratica non deve oltrepassare, alla luce degli orientamenti di politica del diritto. È questo lo spazio che il corpo della donna, anzi, i corpi delle donne – tutte, varie, ognuna con i propri desideri diversi, spesso opposti – devono poter abitare.

#### 4. L’‘universalità’ o l’amplificatore della normatività

I profili di genere sopra descritti circa gli stereotipi, la tutela antidiscriminatoria ed il ruolo dei corpi femminili come rappresentati nella l. n. 40/2004 e nella successiva l.169/2024 sono rinforzati dalla pretesa applicazione universale – o ‘extra italiana’ – del divieto. Il principio di universalità della giurisdizione e i connessi errori concettuali derivanti dalla definizione ed applicazione della GPA come reato ‘universale’ sono indagati con maggiore profondità da altri contributi a questo

---

<sup>94</sup> Parlamento europeo, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, 31 agosto 2023, 2022/0426(COD).

<sup>95</sup> Parlamento europeo, *Risoluzione del 14 dicembre 2023 sulla proposta di regolamento sulla giurisdizione, il diritto applicabile, il riconoscimento delle decisioni e l'accettazione di strumenti autentici nell'ambito della genitorialità e sulla creazione di un Certificato europeo di genitorialità*, 14 dicembre 2023, COM(2022)0695.

<sup>96</sup> Nonostante il carattere rivoluzionario della disciplina, una realistica scommessa sul futuro dei diritti non più ignorare che la proposta deve ancora passare al Consiglio, dove la decisione sul testo prevede l’unanimità. Sui profili privatistici del certificato, si rimanda a M. CALDIRONI, “Lo status giuridico del minore: la necessità di una ricostruzione unitaria all’interno dell’Unione”, in *BioLaw Journal* 1/2023, p. 131 ss.; F. RUGGERI, “A proposito di una recente proposta di uniformazione europea per il riconoscimento della genitorialità”, in *Nuovi paradigmi della filiazione: Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie e Successioni*, V. BARBA, E. W. DI MAURO, B. CONCAS, V. RAVAGNANI (a cura di), Roma, 2023, p. 393 ss.; D. DANIELI, “La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati Membri: Alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali”, in *SIDIBlog*, 23 febbraio 2023, disponibile su [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org); G. BIAGIONI, “Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione”, in *SIDIBlog*, 3 aprile 2023, disponibile su [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org).

Forum<sup>97</sup>. Cionondimeno, analizzare alcuni di questi aspetti permette di comprendere in che modo e con quale forza una certa norma di genere si imponga come l'unica corretta e dominante sulle configurazioni sociali 'altre', tanto dei singoli individui, quanto dei gruppi sociali che questi formano, *in primis* la famiglia.

La giurisdizione di uno Stato nei confronti di un reato commesso da un cittadino straniero in terra straniera si attiva quando, in ragione della natura dell'abuso, si ritiene necessario un intervento universale, che prescinda da specifici legami territoriali o soggettivi col foro. Il rispetto da parte di tutti gli Stati di una specifica norma è conseguenza diretta della particolare rilevanza di quest'ultima, motivo per cui la gravità della condotta illecita costituisce l'elemento determinante per la perseguitabilità universale di una serie di reati, i cosiddetti '*core crimes*'<sup>98</sup>. Secondo la lettura più diffusa, le condizioni di operatività del principio di universalità sono cumulativamente soddisfatte qualora:

- 1) lo straniero si trovi fisicamente nello Stato che ha intenzione di perseguirolo: prevale, di fatto, l'indirizzo secondo cui lo Stato ha l'obbligo di giudicare lo straniero, presunto autore di un grave crimine internazionale, solo qualora questo sia presente nel territorio dello Stato<sup>99</sup>;
- 2) lo straniero che lo Stato in cui egli si trova desidera processare non è richiesto né dallo Stato di cittadinanza né da un altro Stato che possa vantare un collegamento più stretto con lui<sup>100</sup>.

La prima crepa nella supposta universalità della GPA è palese. La rivendicazione del principio della giurisdizione penale per la GPA risulta inadeguata,

<sup>97</sup> Si vedano gli articoli di Marco Pellissero ed Angelo Schillaci.

<sup>98</sup> La portata e l'applicabilità del principio di giurisdizione universale sono state all'ordine del giorno della Commissione del diritto internazionale, che ha illustrato anche il notevole disaccordo che caratterizza la discussione politica, giuridica e diplomatica sul punto: United Nations, *Report of the International Law Commission*, Seventieth Session, UN Doc. A/73/10 and Add. A del 2018, par. 7-16; cf. C. RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, Oxford, 2015, p. 126 ss.

<sup>99</sup> S. DEY, "Universal Jurisdiction and Cooperation between ICC Member States in Prosecuting Nationals of non-Member States", in *Trento Student Law Review* 3/2021, p. 64. Cassese ha evidenziato un'ulteriore condizione che renderebbe possibile l'intervento giurisdizionale dello Stato del foro, ossia la residenza legale del sospettato. A. CASSESE, "Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction", in *Journal of International Criminal Justice* 1/2003, p. 592. Per un'analisi delle possibilità interpretative dell'atto giurisdizionale come obbligo, facoltà o circostanza esimente, si rinvia a E. CIMOTTA, "Aut dedere aut judicare, universalità 'condizionata' e Convenzione contro la tortura: a margine del caso *Belgio c. Senegal*", in *Diritti umani e diritto internazionale* 1/2013, p. 107 ss. Si parlerebbe, invece, di giurisdizione universale c.d. *in absentia*; tuttavia, permane incertezza in letteratura circa l'esistenza di una norma consuetudinaria che permetta allo Stato di agire in tal senso: *Inter alia*, M. LA MANNA, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, Napoli, 2020, p. 206; M. R. MAURO, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Padova, 2012, p. 141 ss.; C. CANTONE, "La giurisdizione penale universale: Quale futuro per l'Italia?", in *SIDIBlog*, 29 giugno 2022, disponibile su [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org).

<sup>100</sup> Per una serie di critiche a questo sistema, si veda A. CASSESE, "Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?", in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, A. CASSESE e M. DELMAS-MARTY (a cura di), Parigi, 2002, p. 23 ss.

non trattandosi di un reato meritevole di attivarlo, vista la mancanza della particolare gravità del crimine e di un consenso internazionale sul punto<sup>101</sup>. Inoltre, la perseguitabilità universale per il reato di GPA commesso all'estero manca di un prerequisito essenziale sotteso alle condizioni di territorialità (1) ed esclusività (2) di cui sopra, cioè a dire il fatto che il presunto reo non sia cittadino dello Stato che esercita la giurisdizione universale. Infatti, la l. n. 169/2024 è pensata per quei casi di GPA commessa all'estero da un cittadino italiano. Ecco il paradosso: la *ratio* della legge è quella di punire gli italiani che ricorrono alla GPA in quegli ordinamenti dove essa è legale, ma è proprio in questi casi che non viene soddisfatto il requisito per la condanna per GPA in Italia, ossia la cosiddetta ‘doppia incriminazione’<sup>102</sup>.

Inoltre, ricorre anche un cortocircuito normativo derivante dal rapporto tra ordinamento internazionale e ordinamenti nazionali che, pur apparendo come secondario rispetto alle ragioni di cui sopra, rende ancor più difficile la perseguitabilità universale del reato di GPA. Concretamente, la giurisdizione universale per specifici reati può essere esercitata dai tribunali nazionali sempre che lo Stato abbia adottato una legislazione che riconosca i reati in questione e ne autorizzi il perseguitamento<sup>103</sup>. In alcuni casi, per esempio, una simile legislazione è parte dell’obbligo di adozione delle misure rilevanti contenuto in un accordo internazionale, come prescrivono, per esempio, la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti<sup>104</sup> e la Convenzione interamericana per la prevenzione e la repressione della tortura<sup>105</sup>. Entrambi gli strumenti obbligano gli Stati parte ad adottare le leggi necessarie a perseguitare od estradare chiunque sia stato accusato di tortura che si trovi all’interno del territorio di giurisdizione dello Stato parte<sup>106</sup>. I motivi del cortocircuito, quindi, si riscontrano all’origine, non essendovi consenso nella comunità internazionale nel ritenere la GPA un reato (in tutte o alcune le sue forme) o un reato meritevole di attrarre la giurisdizione universale<sup>107</sup>. Le ragioni giuridiche dell’errore sull’utilizzo

<sup>101</sup> Cf. C. DANISI, “Maternità surrogata come reato ‘universale’”, cit., pp. 7-8.

<sup>102</sup> *Maternità surrogata: nel nuovo testo perseguite solo le coppie italiane*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 giugno 2023, disponibile su [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com).

<sup>103</sup> A tal proposito, si ricorda che l’adeguamento dell’Italia allo Statuto di Roma è avvenuto in seguito alla ratifica (l. 12 luglio 1999, n. 232) soltanto in maniera parziale (l. 23 dicembre 2012, n. 237). I lavori della Commissione Crimini internazionali, istituita nel marzo 2022, dovrebbero aver colmato questa lacuna, qualora il Progetto di codice dei crimini internazionali fosse adottato. Nella sua versione attuale il Progetto di Codice prevede all’articolo 3, 3° comma, una forma di giurisdizione penale universale condizionata alla presenza del sospettato sul territorio italiano: Commissione Palazzo e Pocar - Commissione Crimini internazionali, *Progetto di Codice dei crimini internazionali*, 20 giugno 2022.

<sup>104</sup> Artt. 5-7, Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata il 10 dicembre 1984, entrata in vigore il 26 giugno 1987, 1465 UNTS 85. S. YEE, “Universal Jurisdiction: Concept, Logic and, Reality”, cit., pp. 515-516.

<sup>105</sup> Artt. 11-12, Convenzione interamericana per la prevenzione e la repressione della tortura, adottata il 9 dicembre 1985, entrata in vigore il 28 febbraio 1987, OAS Treaty Series No. 67.

<sup>106</sup> United Nations, *Report of the International Law Commission*, Seventieth Session, cit., p. 309.

<sup>107</sup> Questa sezione non vuole essere una trattazione esaustiva sulla giurisdizione universale, mentre l’attenzione verte specificamente sul travagliato rapporto tra GPA e universalità. Non va trascurata, però, la sussistenza, complementare al principio di universalità, dell’obbligo *aut dedere aut iudicare*.

dell’aggettivo ‘universale’ giustapposto a quello di ‘reato’ per GPA commessa all’estero non svuotano, tuttavia, la norma di genere incorporata nel divieto del suo carattere egemonico, che la rendono esportabile tra le culture socio-giuridiche di chi fa legalmente la GPA.

La scelta del legislatore italiano di estendere la giurisdizione italiana a qualsiasi GPA commessa all’estero da cittadini italiani perpetua i caratteri della normatività di genere anche al di fuori delle frontiere italiane. La configurazione delle relazioni di genere dettate dal divieto di GPA *ex l. n. 169/2024*, espandendosi indeterminatamente al di là del territorio italiano, si insinua sottilmente anche nelle prassi di altri ordinamenti, che ammettono (una, alcune o tutte le forme del)la GPA. In altre parole, in un certo Paese la GPA è legale, ma gli operatori della GPA possono essere a conoscenza del fatto che il frutto del loro lavoro potrebbe un domani essere giudicato come reato in Italia. Ne consegue che la normatività extra italiana dell’eterosessualità e della bigenitorialità obbligatorie non parla necessariamente la lingua della locale legislazione, ma penetra tra (o ‘socializza’) le costellazioni di soggetti che includono cittadini italiani che abitano in luoghi ove la GPA è legale<sup>108</sup>. Ad ogni modo, l’affermazione di una seppur presunta ‘universalità’ resta una pretesa caratteristica di un tipo di politica del diritto tendente all’egemonia culturale tramite la diffusione di un modello di genere binario eterosessuale e bigenitoriale.

## 5. Conclusione

Il divieto di GPA all’italiana contenuto nella l. n. 40/2004 come modificata dalla l. n. 169/2024 perpetua una normatività di genere e familiare fondata sulla bigenitorialità eterosessuale che pone seri interrogativi dal punto di vista della tutela

---

Entrambi gli istituti mirano a garantire la punibilità degli autori dei crimini internazionali: M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale: Un quadro teorico* (traduzione di Zanetti), Milano, 1999, p. 191; M. C. BASSIOUNI e E. M. WISE, *Aut Dedere aut Judicare: The Duty to Prosecute or Extradite, International Criminal Law: Procedural and Enforcement Mechanisms*, Ardsley, 1999, p. 15 ss. A. CALIGURI, *L’obbligo aut dedere aut judicare nel diritto internazionale*, cit., p. 96 ss. Tuttavia, l’alternativa ‘estradare o giudicare’ è da considerarsi un mezzo di esercizio della giurisdizione, anziché giurisdizione di per se stessa, dal momento che l’*aut aut* si riferisce ai modi attraverso cui la giurisdizione può svolgersi, ma non dice nulla, per esempio, sul fondamento della giurisdizione – la territorialità, la cittadinanza, gli interessi di natura nazionale o universale. La Corte internazionale di giustizia ha infatti stabilito che, con particolare riferimento alla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, l’estradizione è un’opzione, mentre il giudizio costituisce un obbligo a livello internazionale, la cui violazione è un atto illecito per il quale lo Stato è da ritenersi responsabile: Corte internazionale di giustizia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, sentenza del 20 luglio 2012, par. 95. Cf. Corte internazionale di giustizia, *Democratic Republic of the Congo v. Belgium (Case Concerning Arrest Warrant)*, *Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, sentenza dell’11 aprile 2000, par. 41. S. YEE, “Universal Jurisdiction: Concept, Logic and, Reality”, cit., pp. 512-513.

<sup>108</sup> I limiti all’espansione della norma nella sua forza giuridica sono posti tanto dal diritto internazionale quanto dal diritto penale: rimando in particolare al contributo di Marco Pellissero.

dei diritti umani. Due genitori, di generi opposti e di orientamento sessuale eterosessuale: questo è lo stereotipo di genere di cui si nutre il divieto. Tale eteronormatività – la norma per cui un uomo deve essere attratto da una donna e viceversa – non può prescindere dal binarismo dei generi, intesi come opposti e reciprocamente attratti, sempre, si badi, all'interno della dimensione di coppia. In questo senso, in Italia vigono delle disposizioni che, qualora sottoposte al vaglio del Comitato CEDAW, potrebbero ben rientrare tra quegli stereotipi di genere che la Convenzione CEDAW obbliga ad eliminare ai sensi di ben tre disposizioni (art. 2, lett. f), 5 lett. a) e 10 lett. c)). Infatti, lo stereotipo in questione soddisfa il requisito dell'effetto discriminatorio, quale fondamentale condizione per essere considerato contrario ai diritti umani, nella misura in cui ne limita e, talvolta, ne impedisce il godimento per certi soggetti di genere o gruppi di soggetti.

Sul piano del principio di non discriminazione, il divieto di GPA opera una distinzione di trattamento ingiustificata tra single e coppie e, all'interno di queste ultime, coppie eterosessuali e coppie omosessuali. Il presente studio ha dimostrato un'ulteriore sfumatura derivante dall'interpretazione dei divieti di GPA nella recente giurisprudenza della Corte EDU, che si è occupata principalmente degli effetti derivanti dal rifiuto di trascrizione di atti di nascita formati all'estero in Stati dove la GPA è vietata. Seppur la Corte abbia privilegiato un'argomentazione fondata sul superiore interesse del minore, le sue conclusioni hanno generato un disequilibrio *all'interno* delle coppie ricorrenti, secondo cui l'essenzialismo genetico prevale rispetto all'intenzionalità genitoriale, ovvero il padre che ha fornito il materiale biologico è gerarchicamente superiore rispetto alla madre che non lo ha fornito e nei confronti della quale lo *status filiationis* non è riconosciuto qualora nel Paese esistano istituti alternativi, come l'adozione – condizione questa cui la paternità su base biologica non è sottoposta.

Vi è di più. Nell'enfatizzare la peculiarità del reato ‘universale’ di GPA *all'italiana*, si sono discussi i suoi limiti soggettivi, territoriali e sostanziali. Si tratta, abbiamo visto, di una giurisdizione detta erroneamente ‘universale’, dal momento che non rispetta molti dei canoni per l'attivazione della (vera) giurisdizione universale. Pur sfuggendo a qualsiasi classificazione, la perseguitabilità ‘extra italiana’ del reato ambisce ad affermare e propaga(nda)re un’idea di norme di genere al di là dei confini italiani che esclude possibilità altre rispetto alla bigenitorialità eterosessuale. Una politica del diritto non solo concettualmente errata, ma anche sintomatica di un legiferare ignaro delle conseguenze di tale scelta sui diritti umani dei soggetti di genere.

Di fatto, dietro ad approcci come quelli della l. n.169/2024 e della sorella minore (per età, non per impatto) l. n. 40/2004 abita una potente ambizione che racchiude un disegno paternalistico di politica del diritto. È l’ambizione, à la Foucault, di poter regolare il corpo sessuale e riproduttivo<sup>109</sup> in due direzioni: stabilire una volta per tutte, chi possa riprodurre chi e a quali condizioni e, al contempo, controllare la riproduzione della persona portatrice d’utero – l'unica a

<sup>109</sup> M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité: La volonté de savoir*, Parigi, 1976.

detenere, almeno secondo le tecniche ad oggi disponibili, il monopolio della riproduzione. Si tratta di ambizioni perché la giurisprudenza e, prima ancora, la vita mostrano che le persone si incontrano e creano relazioni dentro e fuori la normatività di genere bigenitoriale eterosessuale. Le persone si muovono, varcando confini geopolitici e sociali per assumere consapevolmente il desiderio di genitorialità; mentre donne, in tutto il mondo, continuano a decidere che rinunciare alla genitorialità del neonato portato in grembo per nove mesi rientra tra le *loro* scelte etiche; mentre i bambini nascono – molti ormai sono adulti – e, con loro, nuove famiglie.