

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

ELENA FALLETTI

Genitorialità e principio di uguaglianza:
la via israeliana alla gestazione per altri

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first

14 giugno 2022

Genitorialità e principio di uguaglianza: la via israeliana alla gestazione per altri

Sommario

1. Introduzione. – 2. Israele e la *surrogacy*: approccio religioso ovvero laico? – 3. La “Commissione Aloni”. – 4. L’approvazione dell’*Embryo Carrying Agreement Law* 1996. – 5. Il comitato per l’approvazione dei singoli agreement. – 6. L’approvazione dell’*Egg Donation Act* 2010. – 7. La *surrogacy* transfrontaliera e il riconoscimento interno della filiazione. – 8. La svolta giurisprudenziale della Corte Suprema di Israele. – 9. Sommarie conclusioni.

Abstract

Scopo del presente articolo è di analizzare la *surrogacy law* israeliana dalla genesi all’approvazione dell’*Embryo Carrying Agreement Act* 1996, e successive modifiche, fino ad oggi. Se in origine lo scopo della disciplina era di agevolare la trasmissione dell’identità ebraica, nel corso del tempo, dopo il duplice intervento della Corte Suprema israeliana, la *surrogacy* è stata resa accessibile anche alle coppie dello stesso sesso e ai singoli LGBTQ+. Ciò ha rappresentato una svolta perché la Corte suprema israeliana pone sullo stesso piano, sotto il profilo della responsabilità verso il nuovo nato, chiunque decida di effettuare la scelta di diventare genitore, indipendentemente dal sesso, genere ovvero orientamento sessuale.

The aim of this article is to analyse Israeli surrogacy law from the genesis of the Embryo Carrying Agreement Act 1996 to the present day. While originally the purpose of this discipline focused on the transmission of the Jewish identity to descendants, over time, following the Israeli Supreme Court’s double intervention, surrogacy had also been made accessible to same-sex couples, and single LGBTQ+. This represented a breakthrough because the Israeli Supreme Court placed on an equal level, from the point of view of responsibility towards the newborn, of anyone who decided to make the choice to become a parent, regardless of sex, gender or sexual orientation.

1. Introduzione

In Israele¹ le questioni di diritto di famiglia, in particolare riguardo al rapporto di filiazione, sono

* Ricercatrice di Diritto privato comparato, Università Carlo Cattaneo - LIUC. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

strettamente connesse con la legge rabbinica, la *Halakah*, perché focalizzate sulla trasmissione in via materna dell'identità ebraica². Si tratta di una questione che secondo la letteratura femminista è orientata dal patriarcato, in quanto lo scopo del matrimonio, che si riflette sul ruolo della donna sposata, è quello di obbedire al dettato biblico³ “*Fruttate e moltiplicate, e riempite la terra*”⁴.

Tuttavia, in tempi più recenti, la genitorialità riguarda non più soltanto una questione di trasmissione della fede e della identità religiosa ovvero di pianificazione familiare e delle relative politiche pubbliche, tema di grande importanza in questo Paese⁵, ma un aspetto rilevante della realizzazione di sé, quindi personale e individualistico. Questa nuova sensibilità ha significativamente modificato l'approccio israeliano alla gestazione per altri.

Un indizio aggiuntivo che la questione sia stata socialmente sdoganata anche nei confronti della parte più conservatrice della società israeliana è dimostrato dal fatto che in *Shtisel*, cioè una serie televisiva trasmessa da Netflix su una comunità chassidica⁶, abbia esplicitamente affrontato il tema attraverso alcuni suoi personaggi di stretta osservanza *haredi*.

Ciò nonostante, il dibattito israeliano sulla *surrogacy* si sta caratterizzando per le posizioni estreme da parte di esponenti del femminismo più radicale, secondo cui tale pratica realizza nient'altro che una forma di compravendita di bambini, sia da parte della portatrice (*la quale sarebbe da considerare la “vera” madre del minore*) sia da parte del padre genetico, identificato come “acquirente”.

In altri termini, si tratterebbe di una fattispecie tra le più discutibili, se non addirittura odiose, dello sfruttamento patriarcale del corpo femminile, dato che in queste circostanze non avrebbe senso parlare di “dono” o di “gestazione per altri altruistica”. Il legame con il neonato sarebbe esclusivamente quello che si forma durante la gravidanza tra la madre e il bambino, mentre il contributo genetico non dovrebbe aver alcun rilievo in quanto “*motherhood is defined by the physical and emotional connection established during pregnancy and not by the mere biological donation*”⁷. Ne conseguirebbe che il legame formato attraverso l'utero materno non può essere reciso e la relazione tra figlio e colei che l'ha

- 1 In questo contributo la gestazione per altri in Israele è analizzata come specifico caso di studio. Per gli utili rimandi al dibattito italiano si rinvia a *Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, a cura di B. Pezzini, in *questa Rivista*, 2017/2, p. 6 ss.; A. Schillaci, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in *Biolaw Journal – Rivista di biodiritto*, 2022, p. 49 ss.
- 2 R. Alpert, *What Is a Jew? The Meaning of Genetic Disease for Jewish Identity*, in *The Reconstructionist*, 2007, p. 68 ss.; F. Winddance Twine, *Outsourcing the Womb. Race, Class, and Gestational Surrogacy in a Global Market*, Routledge, New York, 2nd ed., 2015, p. 48 ss.; S. Cohen, *The Origins of the Matrilineal Principle in Rabbinic Law*, in *AJS Review*, 10(1), 1985, p. 19 ss.
- 3 R. Irshai, *Fertility and Jewish Law: Feminist Perspectives on Orthodox Responsa Literature*, Brandeis University Press Waltham, Massachusetts, 2011, p. 25 ss.
- 4 Sacra Bibbia (Diodati 1607)/Vecchio Testamento/Genesi/capitolo 9.
- 5 G. Ben-Porat, D. Filc, A. Erdi Ozturk, L. Ozzano, *Populism, religion and family values policies in Israel, Italy and Turkey in Mediterranean Politics*, 2021, p. 1 ss.
- 6 Si tratta di una serie televisiva sulla comunità chassidica di Gerusalemme Ovest, tra i personaggi si annovera una coppia di giovani ebrei *haredi* che, data l'impossibilità della moglie di avere figli senza mettere in pericolo sé stessa, decidono, seppur riluttanti, di procedere con una gestazione per altri. Ciò nonostante, nella serie la vicenda non giunge a compimento perché la moglie prende in autonomia la decisione di sospendere i contraccezioni e rimane di conseguenza incinta. Le vicissitudini dei personaggi si concludono sulle felici immagini di gruppo raccolto attorno al neonato e della puerpera sopravvissuta ad un parto difficile. (P. Fabbri, *Sul genere serial. “Shtisel” forma di vita ebraica ortodossa e traduzione culturale*, in *Mediascapes journal* 16/2020, p. 93 ss.; B. Weinbaum, *The Women of Shtisel and Where They Live: Round Three (review of Shtisel. Season 3. Directed by Alon Zingman. Written by Ori Elon and Yehonathan Indursky. NMC United Entertainment, [2013-]. Hebrew with English subtitles)*, in *Women in Judaism: A Multidisciplinary E-Journal*, 17(2). <https://doi.org/10.33137/wij.v17i2.36855>).
- 7 B. Katz-Rothman, *Recreating Motherhood*. New Brunswick, NJ, and London: Rutgers University Press, 2000, p. 161 ss.; R. Irshai, *cit.*, p. 217.

partorito è la più potente tra tutte le relazioni, superiore a quella contrattuale, economica e anche genetica⁸.

Nondimeno, questa posizione così radicale non sembra prendere in considerazione un elemento che capovolge il senso e lo scopo del femminismo stesso. Ci si riferisce alla circostanza di considerare la donna solo nella prospettiva di madre, la quale diventa identitaria e pertanto (*quasi*) obbligata. A questo punto ci si potrebbe chiedere se una donna possa vedersi riconoscere una dignità esistenziale anche al di fuori dal ruolo materno. Ulteriormente, un'interpretazione di tal genere sembrerebbe indebolire l'autodeterminazione della donna stessa, nel caso in cui non voglia, ovvero non possa, avere figli, tacendo poi sull'ipotesi in cui decidesse addirittura di abortire. Siffatto contesto sembra voler ricondurre la figura femminile esclusivamente verso la tradizionale dimensione riproduttiva⁹.

Tale dibattito presenta spunti di interesse, però in questa sede esso deve rimanere sullo sfondo rispetto a ciò su cui si vuole discutere: cioè se la presenza della figura materna per la crescita e l'educazione dei figli sia davvero necessaria. L'educazione e la crescita di un bambino possono essere seguite da persone adulte e responsabili, indipendentemente dal loro sesso ovvero genere?

Nel tentare di rispondere a questa domanda si prende quale riferimento la realtà israeliana data la sua complessità per la coesistenza di una forte matrice culturale e religiosa e dove la giurisprudenza ha indotto il legislatore a rendere accessibile la genitorialità attraverso la gestazione per altri anche alle coppie dello stesso sesso ovvero alle persone LGBTI+.

Detta evoluzione ha posto in dubbio una serie di importanti postulati legati alla legge rabbinica, quali l'obbedienza al comando divino e la preclusione, non solo concettuale, contro l'idea stessa della genitorialità considerata quale scelta espressiva della personalità individuale. Nello specifico, il punto di svolta apportato dalla Corte Suprema israeliana è l'apertura alla genitorialità per le coppie omosessuali maschili, la quale non deve più essere considerata "contro natura".

2. Israele e la *surrogacy*: approccio religioso ovvero laico?

Israele è stato uno dei primi Paesi al mondo¹⁰ ad approvare una disciplina in materia di *surrogacy* ai sensi della quale questa è realizzata sotto la supervisione dello Stato¹¹. L'ammissibilità di tale pratica nell'ordinamento israeliano è connessa alla forte permeabilità del diritto civile da parte del diritto religioso¹², soprattutto nell'ambito del diritto di famiglia, a partire dal summenzionato dettato biblico relativo all'ordine di ripopolare la Terra emersa affidato da Dio a Noè e ai suoi discendenti dopo la fine

8 B. Katz-Rotman, *cit.*; R. Irshai, *cit.*

9 Sul tema la letteratura è ampia, per brevità si segnalano le letture che, a parere di chi scrive, sono sembrate più interessanti in lingua italiana: S. De Beauvoir, *Le deuxième sexe*, 1949, trad. it. R. Cantini, M. Andreose, *Il secondo Sesso*, Il Saggiatore, Milano, 2016, p. 480 ss.; A. Rich, *Of Woman Born*, 1976, trad. it. *Nato di donna*, Garzanti, Milano, 1986; R. Cusk, *A Life's Work: On Becoming a Mother*, 2001, trad. it. A. Nadotti, *Il lavoro di una vita*, Torino, Einaudi, 2021.

10 A. Westreich, *Surrogacy and Egg Donation in Israel: Legal Arrangements, Difficulties, and Challenges*, in P. Mostowik, (ed.), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood - Global Perspective*, Varsavia, 2019, p. 276; M. Raucher, *Whose Womb and Whose Ethics, Surrogacy in Israel and in Jewish Ethics*, *Journal of Jewish Ethics*, 2017, p. 69 ss.

11 D. Birenbaum-Carmeli, *Thirty-five years of assisted reproductive technologies in Israel*, in *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2016, p. 20.

12 S. Lustenberger, *Between Civil and Religious Law. The Formation of Same-Sex Parenthood in Israel*, in *Ethnologie française* .2017/3 (Vol. 47), p. 447 ss.

del Diluvio Universale¹³.

Nelle società più moderne della fine del XX Secolo l'attenzione dell'opinione pubblica occidentale si è focalizzata sulla *surrogacy* quando le vicende di Baby Cotton¹⁴ e di Baby M¹⁵, le quali fecero

- 13 A. Westreich, *Surrogacy and Egg Donation*, cit.; M. Raucher, *Whose Womb and Whose Ethics*, cit. Date le ripercussioni sotto il profilo religioso, relative a possibili ipotesi di "adulterio", in Israele la portatrice deve essere single, divorziata o vedova. Ciò al fine di evitare che il figlio nato venga qualificato come "mamzer" (cioè adulterino), con significative conseguenze per il futuro del bambino, quali l'impossibilità di sposare una donna ebrea ovvero vedersi deprivato dell'eredità. Sono proibite le *surrogacy* intrafamiliari, tra membri di fedi religiose diverse e gli stranieri e i non ebrei non possono stipulare contratti di *surrogacy* in Israele. Comunque questa proibizione non ha impedito il ricorso alla *surrogacy* all'estero, specie da parte di coppie dello stesso sesso o di coppie eterosessuali dove uno dei due coniugi non fosse stato di fede ebraica. Nel caso in cui il neonato fosse nato all'estero da donna non ebrea e i genitori desiderassero che il bambino fosse riconosciuto come ebreo, il piccolo doveva essere convertito alla religione ebraica (A. Westreich, op. cit.).
- 14 La prima disputa giurisprudenziale nota di *surrogacy* commerciale riguardò un caso transfrontaliero conosciuto come "*Baby Cotton case*" (Re "C" (A minor), 1985 Farn. 846. I ricorrenti erano una coppia di coniugi svedesi di circa trent'anni, sposati da tempo e con un forte desiderio di avere un bambino, ma la moglie non era in grado di partorirlo. Nel 1983 il marito stipulò un contratto con un'agenzia americana nel quale, dietro pagamento di un compenso, l'agenzia si impegnava a reperire una madre surrogata che partorisse suo figlio. La donna è stata trovata in Inghilterra e venne inseminata artificialmente con il seme del padre biologico, cioè il genitore di intenzione. La signora in questione, Kim Cotton, fu sempre chiara in merito alle ragioni del suo gesto, cioè "to help an infertile couple achieve their dream and, in doing so, I could help my own little family financially." (K Cotton, *The UK's Antiquated Laws on Surrogacy: A Personal and Professional Perspective*, 2016, 4J ML E 229). L'inseminazione ebbe successo e la futura partoriente concepì. I ricorrenti vennero in Inghilterra quando la nascita era imminente per portare il bambino a casa con loro. Il bambino nacque il 4 gennaio 1985 in un ospedale. Poche ore dopo la nascita Kim Cotton lasciò il bambino alle cure dell'ospedale fino a quando il bambino potesse essere preso in cura dai ricorrenti. L'autorità locale aveva ottenuto un ordine di custodia, mentre il marito, padre biologico, avviò un procedimento di tutela e chiese che la cura e il controllo del bambino fossero riconosciuti a lui e a sua moglie. La questione venne sottoposta alla *Family Division* e il *Justice Latey* tenne udienza l'8 e l'11 gennaio 1985, mentre il 14 deliberò sul caso, dopo aver espletato le indagini sull'idoneità dei genitori, sulla circostanza che le autorità locali appoggiassero l'istanza dei ricorrenti, accertando che la surrogata non si fosse costituita, avendo costei rinunciato volontariamente ai suoi diritti genitoriali. La domanda di custodia dei ricorrenti venne accolta sulla base della tutela del best interest del minore facendo prevalere sugli aspetti commerciali e le implicazioni etiche, morali e sociali relative alla venuta al mondo del bimbo, il fatto che i ricorrenti erano persone calorose, premurose e sensibili che erano ottimamente attrezzate per soddisfare i bisogni fisici ed emotivi del bambino, visto che la donna che lo ha partorito non lo voleva al contrario del padre biologico e della moglie. Questa vicenda fece enorme scalpore nel Regno Unito, portando alla proibizione della *surrogacy* commerciale nel successivo *Surrogacy Arrangements Act 1985* (D. Morgan, *Who to Be or Not To Be: The Surrogacy Story*, in *Modern Law Review*, 1986, p. 358. Sul punto si vedano altresì: D. Brahamas, *The future of surrogacy in Great Britain*, in *Med Leg J.*, 1985; 53(1), p. 3 ss.; M. A. Bagdish, *Surrogate Parenting: What We Can Learn from Our British Counterparts*, in *Case W Res L Rev*, 1988, p. 217; C. Purshouse, K. Bracegirdle, *The Problem of Unenforceable Surrogacy Contracts: Can Unjust Enrichment Provide a Solution*, in *Med L Rev*, (2018) 26, p. 557. Più recentemente la stessa Kim Cotton è tornata ad esporsi pubblicamente per promuovere la riforma della disciplina in vigore a favore dell'ammissibilità della stipula di accordi commerciali in tema (K. Cotton, *Baby Cotton onwards: UK surrogacy law needs to keep pace*, in *BioNews*, 26.8.2019, https://www.bionews.org.uk/page_144549).
- 15 Il primo caso che ha coinvolto l'opinione pubblica al di fuori dei confini statunitensi è *In re Baby M*. (Supreme Court of New Jersey, *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988). Esso riguardava un contratto di *surrogacy* a titolo oneroso avente ad oggetto la conclusione di una gravidanza e la consegna del figlio nato dalla surrogata e concepito artificialmente con il seme dell'altro contraente, cioè il padre di intenzione. Il caso, di risonanza mondiale, vide due coniugi, William ed Elizabeth Stern desiderosi di procreare, nonostante la sterilità di lei e i limiti di età di entrambi, ormai superati, per richiedere un'adozione. I due coniugi contattarono un centro specializzato di New York nel tentativo di trovare una

emergere le significative criticità sull'esecuzione in forma specifica del contratto tra genitori di intenzione e la portatrice. Queste due vicende sono accomunate dalla stigmatizzazione della patrimonialità dell'accordo di *surrogacy*, tuttavia tanto il giudice britannico, quanto quello statunitense affidarono i neonati ai genitori di intenzione, affermando che la miglior disponibilità economica di questi ultimi avrebbe meglio garantito l'interesse dei piccoli a godere di maggiori possibilità educative e di benessere, riabilitando, seppur implicitamente, il fattore economico appena biasimato. Sembrerebbe trattarsi, almeno a quei tempi, della condanna della gestazione per altri a titolo oneroso, ma non dell'obbligazione di surrogazione di maternità in sé.

Quasi contestualmente, nel 1988, in Israele si è verificato il caso Nahmani¹⁶ relativo a una controversia giudiziaria che ha coinvolto una coppia separata sull'utilizzo di embrioni congelati, inizialmente fertilizzati con l'intenzione di perfezionare un accordo per portare a termine la gravidanza con una donna esterna alla coppia, conosciuta negli Stati Uniti, in considerazione che sia la procreazione assistita era ancora illegale in Israele¹⁷ e sia della sopravvenuta sterilità della moglie per motivi di salute¹⁸.

surrogata corrispondente ai loro desideri che accettasse di portare a termine la gravidanza facendosi prima inseminare e successivamente consegnare loro il figlio dopo il parto. Appena dopo la nascita, Mrs Whitehead, cioè la portatrice, si rifiutò di portare a termine la propria obbligazione contrattuale di consegnare la neonata, costringendo il padre biologico, il solo sottoscrittore del contratto, ad adire l'autorità giudiziaria affinché gli concedesse la consegna e l'affidamento della neonata. Onde evitare il provvedimento, la donna fuggì, rifugiandosi in Florida, dove venne individuata dalle autorità locali, che provvidero a consegnare la bambina alla coppia formata dal padre biologico e dalla sua coniuge. Onde far cessare i diritti materni della madre surrogata sulla piccola da lei partorita, i coniugi adirono i giudici al fine di ottenere una esecuzione in forma specifica del contratto e in modo tale da assicurarsi l'esclusivo e definitivo affidamento della bambina per permettere alla moglie del padre biologico (estranea al contratto di *surrogacy*) di inoltrare istanza di adozione (A.B. Faraoni, *La maternità surrogata*, Giuffrè, Milano 2002, *passim*). La vicenda è stata risolta dalla Corte Suprema del New Jersey la quale si è focalizzata sul contratto di *surrogacy*, invalidandolo perché contrario all'ordine pubblico e alle leggi statali, in particolare per quel che concerne la rinuncia ai diritti genitoriali da parte della partoriente in cambio di un corrispettivo di denaro. Tuttavia, la Corte ha affidato la bambina al padre biologico, considerando che tale custodia perseguisse l'interesse della minore ((Supreme Court of New Jersey, *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, cit.), riconoscendo il diritto di visita alla partoriente e autorizzando la moglie del padre biologico a presentare istanza di adozione giustificando questa possibilità ma nell'interesse della figlia a far parte della famiglia che le poteva garantire una migliore qualità della vita e di benessere. La pubblicistica su questo caso è sterminata, tra i contributi più interessanti si veda: J.H. DiFonzo, R.C. Stern, *The Children of Baby M*, in *Capital University Law Review*, 2011, p. 345; M. Yehezkel, *From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements*, in *JL & Pol'y*, 2015, 24, p. 41; J. M. Gift, *Breach Baby: An Argument for Equal Enforcement of Traditional and Gestational Surrogacy Contracts*, in *UALR L Rev*, 2020, 43, p. 127). Dopo tutti questi anni ci si può chiedere cosa sia successo a Baby M., ora Melissa Stern, e di come abbia vissuto le conseguenze della saga giudiziaria che l'ha direttamente coinvolta. Secondo notizie di cronaca, "As for Baby M herself, you may be wondering where she is today. Reared as Melissa Stern, she turns 28 on Thursday. She is married, and lives and works in London. Back in 1987, after the lower court ruled against her, Mary Beth Whitehead said bitterly in an interview with *The New York Times* that once the daughter "finds out what happened, once she finds out what the Sterns have done and allowed their attorneys to do, I feel she will be angry, and that anger will be directed at the Sterns." That seems not to be the case. Melissa Stern has generally avoided the limelight. But in 2007 she spoke to the magazine *New Jersey Monthly* and said of the Sterns: "I love my family very much and am very happy to be with them. I'm very happy I ended up with them. I love them, they're my best friends in the whole world, and that's all I have to say about it." (C. Haberman, *Baby M and the Question of Surrogate Motherhood*, in *The New York Times*, 23.3.2014).

¹⁶ (CA 5587/93 Nahmani v. Nahmani 49 P.D. (1) 485). Il testo completo della decisione è consultabile al seguente link: <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/nahmani-v-nahmani>.

¹⁷ HC 1237/91, Nahmani v. Minister of Health, non pubblicata (C. Shalev, *Halakha and Patriarchal Motherhood. An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law*, in *Social Security. Journal of Welfare and Social Security Studies*, 1998, 5, p. 77 ss.; S. Lustenber-

L'ordinamento israeliano taceva sulla legalità delle procedure di fecondazione artificiale, le quali non erano consentite dall'*Halakah*, pertanto la coppia dovette ottenere l'autorizzazione giudiziaria al fine di creare alcuni embrioni con materiali biologici omologhi e poi conservati presso un ospedale israeliano¹⁹.

Ciò nonostante, successivamente, il marito si separò dalla moglie andando a vivere con un'altra donna, dalla cui unione nacque un figlio. A seguito di ciò, l'ex moglie chiese giudizialmente il riconoscimento della titolarità esclusiva (*nonché del possesso*) degli embrioni già concepiti ai fini di completare la procedura di maternità surrogata negli Stati Uniti, ma l'ex marito si oppose attraverso un *promissory estoppel*²⁰ al fine di tutelare il suo affidamento sul suo consenso all'utilizzo degli embrioni²¹. Dopo una combattuta causa di fronte ai giudici di merito, la Corte Suprema israeliana accolse la richiesta dell'ex moglie autorizzando l'impianto degli embrioni nell'utero della portatrice statunitense. La Corte ritenne che il marito non avesse avuto alcun titolo per opporsi all'impianto degli embrioni in una *surrogate*²². Sul punto il *Justice* Tal evidenziò la doverosa tutela dell'affidamento dell'ex moglie rispetto al comportamento del marito sulla fecondazione degli ovuli²³.

Dopo la vicenda Nahmani, la Knesset, il Parlamento israeliano si apprestò a regolamentare la *surrogacy*, in considerazione della significativa influenza religiosa in materia. La summenzionata decisione riconosceva una apertura verso la *surrogacy*, citando esplicitamente la Bibbia:

If you take parenthood away from someone, it is as if you have taken away his life. In the Bible we find the desperate cry of our ancestress Rachel, "Give me children, else I die" (Genesis 30, 1[65]). Similarly, from the teachings of the Rabbis we learn that 'whoever has no children is considered a dead person' (Bereishit Rabba 79,9 on Genesis [66]). Similarly, they interpreted the verse in Jeremiah 22,10 [68]: "Do not weep for the dead, nor bemoan him; wee indeed for him who goes"—Rabb Yehuda said: "for him who goes without children" (Babylonian Talmud, Tractate Moed Katan 27b [69])²⁴

In un contesto in cui l'influenza della religione iniziava a rivendicare il suo spazio, come dimostrato dalle parole del *Justice* Tal, sembra quindi prendere corpo il dialogo tra potere giudiziario, attivato dalle richieste delle coppie desiderose di discendenza, e potere legislativo. In questo senso diven-

ger, *Between Civil and Religious Law*, cit).

18 A. Chrysanthou, *Reliance and representations/ promises in frozen embryo disputes: UK and Israeli approaches to estoppel*, in *Medical Law International* 2019, Vol. 19(1) p. 32 ss., p. 34.

19 C. Shalev, op. cit.; A. Chrysanthou, op. cit.

20 C. M. Carena, voce <<Estoppel>> *Digesto delle discipline civilistiche*, Torino, UTET, 1992.

21 Si tratta di un caso analogo, ma di risultato opposto alla causa Evans contro Regno Unito deciso dalla Corte europea dei diritti umani del 7 marzo 2006, ric. n. 6339/05. In dottrina, M. Ford, *Evans v United Kingdom: what implications for the jurisprudence of pregnancy?* in *Human Rights Law Review*, 2008, 8.1: p. 171 ss.

22 C. M. Carena, voce <<Estoppel>>, cit.

23 "The woman underwent a difficult and painful invasive procedure in her body so as to produce the eggs, in reliance upon the consent of the man to their fertilization. Upon their fertilization, the woman was denied any other alternative, such as fertilization with "donor" sperm. She altered her situation irreversibly in reliance upon his conduct. Hence, even if he has correct arguments as to the unenforceability of the agreement and as to the need for ongoing consent at each and every stage of the path to parenthood, and any other argument... one does not heed them and one does not him to make them heard" (Nahmani v. Nahmani, cit.). Sul punto, C. Shalev, *Halakha and Patriarchal Motherhood*, cit., p. 76 ss.; S. Lustenberger, cit.

24 S. Lustenberger, cit.; I. Rosenblum, *Being Fruitful and Multiplying: Legal, Philosophical, Religious, and Medical Perspectives on Assisted Reproductive Technologies in Israel and Internationally*, in *Suffolk Transnat'l L Rev*, 2013, p. 627.

ta rilevante il riconoscimento anche alle coppie sterili e infertili della possibilità di avere discendenza con la conseguente trasmissione dell'elemento identitario ebraico a tale discendenza, indipendentemente dal principio *mater semper certa est*, anzi prevalendo su di esso.

Ci si può chiedere se la supplenza delle iniziative giudiziarie contro l'inerzia legislativa possa essere considerato conforme al principio di separazione dei poteri di montesquieuiana memoria, ma non è possibile accantonare le peculiarità dell'ordinamento israeliano, il quale appartiene al novero delle c.d. "*mixed jurisdictions*", nelle quali coesistono diverse fonti giuridiche²⁵.

Alla luce di tali peculiarità, per disciplinare questo ambito, i Ministeri israeliani della Giustizia e della Salute promossero una commissione pubblica guidata da un giudice, ormai ritirato, della Corte Suprema: Shaul Aloni, affinché analizzasse e valutasse tutti gli aspetti della riproduzione umana artificiale, compresa la *surrogacy* (d'ora in poi Commissione Aloni)²⁶.

3. La "Commissione Aloni"

L'obiettivo dei lavori della Commissione Aloni era di esaminare gli aspetti sociali, etici, legali e religiosi della riproduzione artificiale, inclusa la surrogazione di maternità legati all'*Halakah*. Tale analisi necessitava del bilanciamento tra le questioni allora emergenti relative al rispetto della privacy e alla manifestazione del consenso informato in merito alla somministrazione di terapie contro la sterilità (*allora*) innovative, alla donazione di gameti, alla formazione di embrioni.

Altresì il Report Aloni si occupava delle questioni religiose che potevano emergere in tali ambiti, in particolare rispetto allo status dei bambini nati da siffatti procedimenti, con la consapevolezza che gli accordi relativi alla *surrogacy* avrebbero attratto l'attenzione dell'opinione pubblica israeliana, in virtù della stretta connessione tra filiazione e identità religiosa.

Il punto di maggiore interesse affrontato dalla Commissione Aloni riguardava (*e, a parere di chi scrive, tutt'ora riguarda*) la raccomandazione formulata relativamente al riconoscimento della primazia dei principi costituzionali della protezione della privacy nella vita familiare e del principio di autodeterminazione riproduttiva. Si tratta di una posizione forte, ma al contempo cauta, in un ambito dove la *surrogacy* e le questioni ad essa inerenti erano (*e rimangono*) strettamente coinvolte con l'espressione del credo religioso.

Infatti, a suo tempo, la Commissione Aloni aveva evitato di prendere una posizione netta tanto in senso (*cioè a favore*) quanto nell'altro (*ovvero contro*) la gestazione per altri²⁷. *Illo tempore*, infatti, in ambito comparatistico ancora non vi erano legislazioni che espressamente disciplinavano la *surrogacy* autorizzandola, ovvero proibendola. Pertanto, secondo la Commissione Aloni, in assenza di esperienze regolatrici comparabili, sarebbe stato rispettoso della complessità sia del tema, sia della natura umana focalizzarsi in via principale sulle scelte individuali.

L'impressione che si ha nella lettura odierna del Report della Commissione Aloni è di trattare di argomenti diversi dalla *surrogacy*. Infatti, quando la Commissione redigeva il suo rapporto, era presente una maggiore sensibilità verso l'autodeterminazione individuale, rispetto alla contemporanea (*e maggiormente diffusa*) certezza su cosa sia un bene (*o un male*) per le persone coinvolte nei procedimenti relativi alla *gestazione per altri*.

25 Y. Roznai, L. Volach, *Law reform in Israel. The Theory and Practice of Legislation*, 2018, 6(2), p. 291 ss.; C.O.H.N. Margit, *Comparative Public Law Research in Israel: A Gaze Westwards*, in *Asian Journal of Comparative Law*, 2019, 14(S1), p. S11 ss.

26 C. Shalev, *Halaka and Patriarchal Motherhood*, cit. p. 79 ss.

27 C. Shalev, op. cit. M. Corinaldi, *Towards the Practice of Surrogacy in Israel*, in *Med. & L.*, 1995, 14, p. 425 ss.

Il Report della Commissione Aloni è contraddistinto dall'invito ad evitare interferenze nella gestione contrattuale della *surrogacy*, eccetto che per "*weighty reasons*"²⁸, dato che il diritto alla riservatezza in ambito riproduttivo avrebbe dovuto essere rispettato in via di principio, anche in tema di gestazione per altri. Sul punto, anzi, la Commissione raccomandava che i *surrogacy agreement* non venissero sanzionati con imputazioni di natura penale, ma neppure dovessero essere incoraggiati o consentiti senza restrizioni data la loro caratterizzante complessità umana e legale.

In questo ambito, quindi, la Commissione Aloni sottolineava la necessità di un intervento regolatorio statale promuovendo uno schema legislativo approvato dalla maggioranza dei suoi componenti e con cui gli accordi di surrogazione di maternità potessero essere introdotti nell'ordinamento a condizione che i medesimi ricevessero una preventiva approvazione da un ente all'uopo incaricato.

A tale ente veniva consentito di esercitare discrezionalmente un potere di revisione di ogni singolo accordo di *surrogacy* tanto nel merito quanto nella forma, affinché le parti fossero messe in condizione di comprendere appieno il significato delle obbligazioni sottoscritte. Al fine di evitare il turismo procreativo, la Commissione richiedeva che tale *prospective regulation* riguardasse e fosse applicata solo alle parti contraenti residenti in Israele, luogo esclusivo di esecuzione dell'accordo di *surrogacy*²⁹.

La Commissione Aloni redigeva una ulteriore serie di raccomandazioni relative ai requisiti preliminari e circostanziali necessari affinché le parti potessero accedere alla procedura, come la sottoposizione ad uno specifico screening psicologico sui genitori di intenzione, comprensivi di colloqui con professionisti per valutare con gli interessati ogni possibile alternativa, compresa l'opzione di non avere figli.

Al contrario, la Commissione Aloni non prevedeva particolari requisiti sui criteri di eligibilità della possibile candidata surrogata (*oggi verrebbe definita "portatrice"*), eccetto che la medesima fosse maggiorenne (*in considerazione della raggiunta capacità di agire*), né limitazioni in merito alla scelta della tecnica procreativa.

Ciò nonostante, va sottolineato che la Commissione Aloni raccomandava all'unanimità il pagamento della surrogata per il servizio da lei effettuato relativamente al suo tempo, sofferenza, costi e perdita di opportunità lavorative e di guadagno³⁰.

A distanza di trent'anni è possibile osservare come su questo punto l'opinione pubblica abbia completamente cambiato orientamento, considerando invece lesivo della dignità della donna e del nascituro stesso il fatto che la *surrogacy* possa venire retribuita, tanto in via diretta e autonoma, quanto in via indiretta, per esempio attraverso il riconoscimento di un rimborso spese (*elemento considerato da alcuni come un vero e proprio pagamento surrettizio*)³¹.

Dall'altro lato, la Commissione suggeriva che alla portatrice non fosse permesso di offrirsi più di una volta, a meno che non si fosse prestata a una seconda gravidanza per la coppia genitoriale per la quale avesse già partorito il primo figlio.

La Commissione Aloni fondava le sue raccomandazioni sul principio di autonomia privata e di riservatezza in particolare per ciò che concerne la portatrice, ciò con l'intento di salvaguardare i rapporti di parentela ovvero affinità, comunque collegati con le disposizioni della *Halakha* ebraica³², non ignorate dalla Commissione stessa. In ogni caso, la Commissione sceglieva di privilegiare la prospettiva della prevalenza della libertà individuale. Siffatto approccio permetteva di lasciare alle parti la li-

28 C. Shalev, op cit.; CA 413/80 A. v. B, 35 P.D. (3) 57, anche se questo riferimento è relativo all'autodeterminazione abortiva. Si tratta pur sempre di una questione inerente alla riproduzione umana.

29 C. Shalev, op. cit. p. 80.

30 C. Shalev, ult. op. cit.

31 Questa circostanza si è già manifestata nel dibattito britannico in occasione del caso di baby Cotton: *supra*, nota 14.

32 C. Shalev, op. cit.

bertà di decidere se procedere all'esecuzione contrattuale della *surrogacy*.

Secondo le critiche allora sollevate, una legislazione che avesse attuato tali principi della *surrogacy* "statale" avrebbe perpetuato le strutture patriarcali delle relazioni riproduttive, le quali sottomettevano la capacità generativa femminile alla continuità genetica maschile, sfruttando il corpo della donna come strumento per soddisfare tali "bisogni", negando l'indipendenza economica femminile e celebrando il valore della maternità all'interno del matrimonio come un mezzo giustificativo di qualsiasi fine³³.

4. L'approvazione dell'*Embryo Carrying Agreement Law 1996*

La legge che disciplina gli accordi di surrogazione di maternità³⁴ (denominata *Embryo Carrying Agreement Law*, d'ora in poi *ECAL*) è stata approvata nel 1996³⁵ e stabiliva una normativa molto rigorosa in difesa dei valori tradizionali della famiglia eterosessuale, costringendo le coppie omosessuali intenzionate a progetti di genitorialità a rivolgersi all'estero³⁶.

Ab origine la disciplina era divisa in due parti:

a) la prima riguardava gli accordi tra le coppie eterosessuali coniugate che avessero avuto l'intenzione di accedere alla pratica e le possibili portatrici (che dovevano essere donne singole ovvero divorziate, di religione ebraica), oltre alla procedura di approvazione di tali accordi, sottoposti al vaglio di una apposita commissione;

b) la seconda parte riguardava lo status del neonato e i rapporti con i genitori di intenzione.

Tale normativa, molto controversa nel momento della sua entrata in vigore³⁷, era permeata da un approccio tradizionalista, in favore della natalità delle coppie eterosessuali coniugate, dove si percepiva la forte influenza religiosa data la centralità del ruolo della maternità nella trasmissione dell'identità ebraica³⁸.

La caratteristica distintiva dell'approccio israeliano concerneva il fatto che il Comitato che doveva valutare l'aderenza del contratto di *surrogacy* non era (*e tuttora non è*) coinvolta nel processo di surrogazione di maternità tra la gestante e i genitori di intenzione, ma stabiliva (*e anche ora stabilisce*) le linee guida³⁹ per la stesura dell'accordo e verifica che i contenuti⁴⁰ siano conformi alla legge.

L'art. 1 dell'*ECAL*⁴¹ stabiliva esplicitamente che l'accordo per la surrogazione di maternità fosse consentito alle sole coppie eterosessuali dato che "i genitori designati" erano "un uomo e una donna

33 C. Shalev, op. cit.

34 E. Teman, *Surrogacy in Israel. State-Controlled Surrogacy as a Mechanism of Symbolic Control*, in E. Scott Sills. (ed.), *Hand Book of Gestational Surrogacy*, Cambridge, 2016, p. 167 ss.

35 Y. Ilany, N. Ilany, *The LGBT community in Israel: access to the surrogacy procedure and legal right for equality, family life and parenthood*, in *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 83(1), p. 85 ss.

36 D. Birembaum-Carmeli, op. cit.

37 M. Raucher, *Whose Womb*, op. cit.

38 R. Alpert, *What Is a Jew? The Meaning of Genetic Disease for Jewish Identity*, cit.

39 Disponibili su www.health.gov.il/DocLib/pon_tofes13.pdf

40 C. Shalev, op. cit.

41 Dato che il termine "*surrogacy*" non è traducibile in ebraico, il concetto è stato tradotto in lingua inglese come "*Embryo Carrying Agreements*" (C. Shalev, op. cit.). Per un approfondimento sul dibattito dottrinario e parlamentare su questa disciplina: S. I. Rosenblum, *Being Fruitful and Multiplying*, cit.

che formano una coppia"⁴², escludendo così gli omosessuali, sia come singoli sia in coppia. Questo divieto è stato modificato solo dopo un duplice intervento della Corte Suprema Israeliana nel 2018 e 2021⁴³. Successivamente a tali decisioni anche le coppie omosessuali (*prima quelle femminili, poi anche quelle maschili*) hanno potuto essere genitori di intenzione stipulando l'accordo con una portatrice, la quale accetta di rimanere incinta attraverso l'impianto nel suo corpo di un ovulo fecondato e di portare avanti una gravidanza per i genitori designati.

Ai sensi dell'articolo 2 dell'*ECAL* tale impianto è subordinato all'esistenza di alcune condizioni cumulative, tra cui la redazione di un accordo scritto tra i genitori designati e la portatrice, nonché la mancanza di relazioni familiari tra la coppia e la portatrice medesima⁴⁴, nonché l'approvazione dell'accordo da parte della commissione, di fronte alla quale le parti coinvolte nella *surrogacy* devono apporre personalmente la loro sottoscrizione⁴⁵.

Il compenso a favore della gestante, concordato tra le parti, è a carico dei genitori intenzionali, i quali devono far fronte alle relative spese mediche e assicurative non coperte dall'assicurazione medica statale.

Le condizioni del *surrogacy agreement* sono previste dall'art. 5 dell'*ECAL*, il quale stabilisce che il Comitato può, dopo aver valutato la totalità delle informazioni provenienti dai documenti e dalle dichiarazioni delle parti di fronte ad esso, approvare immediatamente l'accordo di *surrogacy* o riservarsi di approvarlo solo dopo la modifica di alcune condizioni se i requisiti di legge non sono stati pienamente soddisfatti. In particolare, che la candidata portatrice e i genitori di intenzione devono essere residenti in Israele. Ulteriormente, la candidata portatrice deve aderire a specifici e rigorosi requisiti, cioè: essere nubile⁴⁶; la candidata portatrice non deve avere vincoli di parentela ad uno dei genitori di intenzione, mentre deve avere già concepito e partorito figli propri, però in numero non superiore a 4. Inoltre, al momento dell'approvazione dell'accordo per il trasporto di embrioni la candidata portatrice deve avere un'età tra i 22 anni e i 39 anni non ancora compiuti. Ulteriormente, la candidata non deve avere avuto più di due gravidanze per altri, né svolto il ruolo di portatrice più di una volta.

L'art. 5 dell'*ECAL* prevede specifiche condizioni anche per i genitori di intenzione: essi devono essere maggiorenni al momento dell'approvazione dell'accordo da parte del Comitato di approvazione ed almeno uno di essi deve essere di età inferiore ai 54 anni, mentre in quest'ultimo caso il Comitato di approvazione può approvare specifiche eccezioni. L'art. 5 stabilisce anche dei limiti all'accesso alla *surrogacy* in caso a chi genitore già è e si ritrova in condizioni di sopravvenuta sterilità, infatti una coppia di genitori designati non deve avere più di due figli propri in comune, mentre per un genitore singolo tale limite è di due figli genetici.

I futuri genitori non devono essere stati condannati, né in Israele, né in altre giurisdizioni, per rea-

42 Tale disposizione è stata emendata dopo la decisione della Corte Suprema israeliana *Moshe v. The Board for Approval of Embryo Carrying Agreements under the Embryo Carrying Agreements Law*, HCJ 5771/12, 18.9.2014, <https://versa.cardozo.yu.edu/topics/egg-donation>

43 Z. Triger, *The Reluctant Acceptance of Same-Sex Unions and Parents in Israel*, in *NTU L. Rev.*, 2021, 16, 1; G.

44 *Jane Doe v. The Board for Approval of Embryo Carrying Agreements under the Agreements Act*, paras. 12-16 (26 luglio 2011).

45 Sezione 5 (b) della legge *Embryo Carrying Agreement Law*.

46 Anche se il Comitato di approvazione può autorizzare un impegno con una portatrice coniugata, nel caso in cui sia stato dimostrato in modo soddisfacente che i genitori di intenzione non sono riusciti a stipulare un accordo con una gestante non sposata. In tal caso, al marito devono essere spiegate, in una lingua a lui comprensibile, le conseguenze della procedura *surrogacy* e i rischi comportati dall'esecuzione di tale accordo. Il coniuge della portatrice può esprimere la sua posizione davanti alla Commissione d'approvazione e questa sarà portata davanti ai genitori di intenzione prima dell'approvazione dell'accordo di *surrogacy*.

ti che per natura, gravità o circostanze comportino un danno significativo per gli interessi del nascituro. Nel caso in cui esista un procedimento penale pendente contro uno dei futuri genitori d'intenzione in relazione ai suddetti possibili reati, il Comitato di approvazione può rinviare la sua decisione fino al termine del procedimento giudiziario che li vede coinvolti.

In via generale, la portatrice e la madre di intenzione devono essere ebrei, ma nel caso in cui la portatrice ovvero la madre di intenzione, o entrambe non siano di religione ebraica, il Comitato di approvazione può decidere se autorizzare il *surrogacy agreement* sentito il parere del membro religioso del Comitato stesso. Questa disposizione esplicita l'importanza dell'elemento religioso della *surrogacy* israeliana, che si rivela essere determinante nella scelta di escludere o meno chi non appartiene a tale religione dall'accesso alla pratica, in modo da non consentire gli aspetti deleteri legati al c.d. "turismo riproduttivo", dato che tutte le fasi (*dalla fecondazione in vitro dell'ovulo, al trapianto dell'ovulo medesimo nell'utero della portatrice e la nascita stessa*) devono avvenire in Israele⁴⁷.

Tutte le parti che hanno accettato di prendere parte alla procedura della *surrogacy* devono dichiarare di espletare tale procedura liberamente e volontariamente comprendendone significato e conseguenze, né nell'accordo è consentito inserire clausole violative ovvero limitative dei diritti del nascituro o di una delle parti, mentre per prevenire danni alla salute della portatrice negli accordi di *surrogacy* è stabilito che non possono essere espletati più di sei tentativi di trapiantare gli embrioni nell'utero della medesima⁴⁸.

In merito alla possibilità della surrogata a recedere dal *surrogacy agreement*, l'art. 13 dell'*ECAL* par. a) stabilisce che la volontà di recedere da parte della portatrice deve essere sottoposta al vaglio di un assistente sociale, altresì tale recesso deve essere giustificato da un mutamento di circostanze e che questo non danneggi l'interesse superiore del nascituro. Attraverso questa disposizione, il legislatore israeliano non considera in modo automatico che l'interesse del bambino sia necessariamente quello di venire affidato alla sua gestante. Altresì, il par. b) stabilisce che dopo l'emissione di un ordine parentale, il tribunale non può più riconoscere alla portatrice il recesso dall'*agreement* e pertanto il bambino rimane con i genitori di intenzione.

Analizzando la disciplina in commento con la lente interpretativa contraria all'asserito sfruttamento patriarcale del corpo femminile, tali norme non sembrerebbero valorizzare adeguatamente né la libertà della portatrice di cambiare idea sulla scelta di tenere con sé il bambino da lei partorito, né la protezione sovradescritto legame sorto durante la gravidanza che unirebbe neonato e gestante, poiché la volontà della portatrice di (*eventualmente*) cambiare idea e recedere dall'*agreement* è legata alla valutazione di terzi, cioè degli assistenti sociali e della Corte.

Ciò nonostante il par. c) afferma che se il tribunale stabilisce la validità del recesso della portatrice da un *agreement*, costei diventa legalmente genitore e tutrice del minore a tutti gli effetti. In tali casi la corte può anche prescrivere in un'ordinanza disposizioni riguardanti lo status del bambino e il suo rapporto con i suoi genitori di intenzione o con uno di loro, nel caso in cui vi sia un legame biologico tra questi e il minore nato da *surrogacy*.

Si tratta di una situazione molto peculiare che rispecchia la logica sottesa alla legge israeliana nel momento della sua approvazione, cioè la primaria importanza della trasmissione della identità ebraica al nuovo nato, garantita dal parto da una portatrice di fede ebraica a una coppia di genitori di intenzione di religione ebraica. Ci si trova, dunque, di fronte alla difficoltà di bilanciare un elemento che manifesta un retaggio patriarcale, come la trasmissione dell'identità religiosa, e un elemento maggiormente legato alla sensibilità moderna, come la tutela del miglior interesse del minore.

47 Tuttavia, il Comitato di approvazione può acconsentire che una parte della gravidanza venga effettuata al di fuori da Israele se sussistono ragioni gravi e secondo le condizioni determinate dal Comitato medesimo.

48 Sect. 5.

La soluzione adottata dall'*ECAL* è che in via generale la partorientente sia tenuta a consegnare il bambino ai genitori designati dopo la nascita, ma solo con il *parental order* giudiziario i genitori di intenzione diventano legalmente genitori del bambino e questi sarà figlio loro a tutti gli effetti.

Infine, l'art. 7 dell'*ECAL* il quale esplicitamente vieta la realizzazione di una gestazione per altri al di fuori delle condizioni e delle clausole previste dalla legge, in particolare, il trattamento di inseminazione artificiale non può essere effettuato al di fuori di una struttura autorizzata e sulla base di un accordo approvato ai sensi della medesima legge, sanzionando penalmente (ai sensi dell'art. 19 *ECAL*) con la reclusione di un anno, chi procede all'impianto di un ovulo fecondato nella portatrice con scopi e modalità differenti dalla legge in questione.

5. Il Comitato per l'approvazione dei singoli *agreement*

Il ruolo assunto dal Comitato per l'approvazione degli *embryo carrying agreements* è essenziale: esso esamina i documenti depositati dalle parti ai sensi di legge, le ascolta e può, a sua discrezione, richiedere alle medesime qualsiasi materiale aggiuntivo che ritenga utile e audire qualsiasi altra persona che reputi di interesse. Esso approva l'accordo dopo aver considerato tutti i dati che emergono dal parere degli esperti eventualmente convocati e i documenti e le circostanze conosciute secondo le precisioni dell'art. 5, par. a).

Il Comitato può riconsiderare l'approvazione già concessa in caso di un cambiamento sostanziale nei fatti, nelle circostanze o nelle condizioni che sono servite come base per la sua decisione e fino a quando l'ovulo fecondato non è stato trapiantato nella portatrice.

Relativamente alla composizione del Comitato è possibile osservare che esso intende rappresentare le parti sociali che sono coinvolte nella procedura. I membri sono nominati dal Ministro della salute e operano ai sensi della *ECAL* e concernono due medici con laurea specialistica in neonatologia e ginecologia, un laureato in medicina interna, uno psicologo clinico, un assistente sociale, un giurista in rappresentanza dell'interesse pubblico, un ministro del culto di appartenenza delle parti coinvolte nell'accordo. Siffatta partecipazione manifesta la profonda influenza religiosa in materia.

Il Comitato predispose altresì linee guida per portatrici e genitori di intenzione che precisano nel dettaglio gli standard delle spese che questi ultimi devono affrontare e le relazioni, anche da un punto di vista giuridico, che intercorreranno tra le parti, nonché nell'uso del seme del partner⁴⁹.

In precedenza alla valutazione della domanda, occorre effettuare una verifica preliminare della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge e delle procedure previste dal Comitato, superata la quale il Comitato procede all'analisi della documentazione prodotta⁵⁰ e, dopo di ciò, all'ascolto delle parti

⁴⁹ Le coppie omosessuali femminili possono accedere alla donazione dei gameti maschili senza limitazioni (The Public Commission for the Evaluation of Fertility & Childbirth 33, <http://www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf>). In dottrina, A. Westreich, op. cit., p. 277; A. Von Hagel, D. Mansbach, *The Regulation of Exploitation*, in *International Feminist Journal of Politics*, 2016, 18:2, p. 190 ss.

⁵⁰ Secondo la documentazione disponibile sul sito del Ministero della salute israeliano per ricevere il servizio occorre presentare la domanda di approvazione di un contratto relativo all'*Embryo Carrying Agreement*; l'*affidavit* dei genitori designati e della portatrice, requisiti medici dei futuri genitori, parere ginecologico/pediatrico sia dei genitori di intenzione sia della persona candidata portatrice, dichiarazione dello specialista, dichiarazione degli avvocati delle parti, contratto assicurazione sulla vita della portatrice, dichiarazioni delle parti sulle reciproche aspettative, rinuncia alla riservatezza delle parti; Raccomandazioni e linee guida dall'aspetto giuridico, in particolare sui principi del processo di maternità surrogata dagli aspetti legali, medici, finanziari e assicurativi; un modulo che costituisce un accordo di mutuo rilascio tra gli aspiranti geni-

coinvolte nel accordo medesimo al fine di chiedere ulteriori approfondimenti, ma soprattutto interloquire personalmente tanto con la portatrice quanto con i genitori designati per verificare il loro consenso e la piena comprensione del processo che stanno per intraprendere. Durante tale processo possono venire richiesti gli interventi di familiari, parenti ovvero amici che abbiano una buona conoscenza delle parti e possano contribuire alla ricostruzione del quadro in cui il procedimento di gestazione per altri sta per concretizzare.

Effettuata siffatta analisi il Comitato procede alla decisione sulla base delle risultanze documentali e dei colloqui. In questo contesto può emendare ovvero commentare l'accordo, inviando tali emendamenti o commenti agli avvocati delle parti, e solo dopo l'accettazione delle parti di tali modifiche, si procede all'approvazione. Dopo di ciò viene fissata una data per la stipula formale dell'accordo attraverso l'apposizione della firma delle parti alla presenza dei membri del Comitato. Tale passaggio riguarda l'inizio della procedura di gestazione per altri. Alla fine del quinto mese di gravidanza gli aspiranti genitori e la portatrice devono informare le autorità del luogo della prevista nascita al fine di trasferire il neonato e il suo affidamento ai genitori d'intenzione.

L'intervento così dettagliato del Comitato nelle procedure di gestazione per altri consente l'emersione di una questione di fondo e cioè che la materia non sia più sottomessa alla tradizione patriarcale, quanto invece venga sottoposta a una valutazione paternalistica, realizzata attraverso una specificazione dettagliata dei vari passaggi. Come si può enucleare a questo punto una possibile distinzione tra patriarcato e paternalismo? Come è stato autorevolmente sostenuto: il patriarcato rafforza i suoi codici e i suoi valori in una combinazione di sessismo, misoginia e paternalismo⁵¹. Pertanto il paternalismo è un elemento dell'ideologia sulla quale il patriarcato giustifica e razionalizza il suo ordine sociale essendo strettamente correlato con esso e perpetuandolo⁵².

In questo contesto, esso agisce in modo più sottile rappresentando un'interferenza sullo stato o sull'individualità di un'altra persona per proteggerla da possibili pericoli o minacce⁵³. Ed era questo lo scopo della Commissione Aloni: proteggere le parti da rischi o pericoli, in particolare dallo sfruttamento del ruolo della portatrice. Nell'attuazione legislativa delle conclusioni della Commissione Aloni, il principio autodeterminativo individualistico conosce un importante limite proprio attraverso il ruolo del Comitato, legittimato dallo Stato, che concretizza il suo intervento in un approccio paternalistico alla questione. In questo specifico passaggio emerge la contraddizione tra il paternalismo legato agli scopi della disciplina prevista dalla *ECAL* e l'espressione dell'autodeterminazione e della privacy dei singoli che invece caratterizzava il Report della Commissione Aloni.

6. L'approvazione dell'*Egg Donation Act 2010*

La prima significativa modifica dell'*ECAL* è avvenuta attraverso l'approvazione dell'*Egg Donation Act 2010* (d'ora in poi *EDA*) è avvenuta attraverso l'intervento della Knesset con una normativa *ad hoc* in materia di donazione di gameti femminili. Tale disciplina si prefigge lo scopo di "regolare i diversi aspetti coinvolti nell'estrazione, nella donazione e l'uso di ovuli" a fini procreativi in Israele,

tori e la surrogata nel caso in cui entrambe le parti desiderino disporre la cessazione dell'accordo intercorso tra di loro nel processo di maternità surrogata; Conferma del fiduciario dell'apertura di un conto fiduciario per un contratto di *surrogacy*.
Fonte: https://www.health.gov.il/Services/Committee/Embryo_Carrying_Agreements/Pages/documents.aspx

51 J.D. Cremer, *Patriarchy, Religion, and Society*, in *Exploring Gender at Work*, 2021, Palgrave Macmillan, Cham, p. 26 ss.

52 K. Manne, *Down girl: The logic of misogyny*. New York: Oxford University Press., 2018, p. 20.

53 J.D. Cremer, *Patriarchy, Religion, and Society*, cit.

quando la madre di intenzione “non è in grado di produrli, neanche con l’aiuto medico, o soffre di altre patologie che giustifichino l’utilizzo della donazione eterologa di ovuli per la formazione di embrioni, da impiantare nel caso di *surrogacy* ai sensi dell’*ECAL*⁵⁴.

In precedenza all’*EDA* per un donna sterile o infertile l’accesso alla procreazione medicalmente assistita era assai difficoltoso: o l’aspirante madre produceva propri ovuli (estraibili a rigide condizioni, principalmente legate all’infertilità) o era costretta a rivolgersi all’estero⁵⁵.

Detto intervento legislativo rispondeva alla strategia di policy secondo cui la gestione di un fenomeno, per quanto sensibile e controverso, è comunque preferibile alla sua proibizione poiché lo si rende trasparente e controllabile⁵⁶. Uno degli scopi della legge, oltre ad ampliare la cerchia delle donne donatrici, era quello di rispondere alla preoccupazione per il commercio di ovuli e per lo sfruttamento e la mancanza di rispetto per il corpo delle donne⁵⁷. A questo proposito, la legge ha stabilito varie restrizioni sul numero massimo di donazioni che possono essere ricevute dalla stessa donna e sulla frequenza di estrazione degli ovuli dal corpo della donatrice, i doveri riguardanti le informazioni che devono essere date alla donna donatrice e l’ottenimento del suo consenso per eseguire procedure sugli ovuli estratti dal suo corpo; e il divieto di commercio degli ovuli.

Tale disciplina è intervenuta direttamente sulla gestazione per altri in quanto stabilisce che è possibile estrarre gameti e ovuli dalla madre intenzionale per ottenere embrioni da impiantare nell’utero della portatrice ai fini dell’esecuzione di un accordo per il trasporto di embrioni secondo l’*ECAL*, ai sensi dell’art. 4 dell’*EDA* medesimo.

La disposizione della sezione 13 (e) (2) della medesima legge aggiunge che il trapianto di ovociti nel corpo di un donatore o di una surrogata verrà effettuato solo se un medico rileva che la madre d’intenzione non è in grado di portare a termine la gravidanza per problemi di salute, sterilità o altra giustificazione medica che le impedisca di avere un figlio.

Tra le disposizioni che incidono sulla disciplina relativa all’*ECAL* si ricorda che il comitato incaricato accerta che il consenso della donatrice è stato dato da una persona capace, per libera volontà, e non per pressione familiare, sociale, economica o altro. Per quel che concerne la volontà della donatrice di destinare i propri ovuli a una specifica portatrice, deve essere accertato che il consenso non è collegato ad un compenso in denaro o altre utilità, direttamente o indirettamente, dalla destinataria o da un suo rappresentante e può convocare a tali fini il destinatario, se gli ovuli sono destinati a un destinatario particolare, o qualsiasi altra persona come ritiene opportuno⁵⁸.

54 Art. 11 *EDA*. Questa legge ha lo scopo di “regolare i vari passaggi della donazione di ovuli in Israele e del loro uso. Essa è stata emanata nel 2010 quando la stesura degli accordi in essa menzionati era ancora nella sua versione originale precedente all’entrata in vigore della riforma del 2018. La disposizione della sezione 13 (e) (2) della presente legge aggiunge che il trapianto di ovociti nel corpo di una surrogata verrà effettuato solo se un medico rileva che la madre d’intenzione non è in grado di portare a termine la gravidanza per problemi di salute, sterilità o altra giustificazione medica che le impedisca di avere un figlio (Moshe v. The Board for Approval of Embryo Carrying Agreements under the Embryo Carrying Agreements Law). A. Westreich, *Surrogacy and egg donation in Israel: legal arrangements, difficulties, and challenges*, in P. Mostowik (ed), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood-Global Perspective*, Warsaw, 2019.

55 Inoltre, potevano accadere incidenti quali procedimenti disciplinari per un alto dosaggio di ormoni al fine di produrre un numero elevato di ovuli e usarli per trattare l’infertilità di altre donne senza previa richiesta di consenso informato (Moshe v. The Board for Approval of Embryo Carrying Agreements under the Embryo Carrying Agreements Law).

56 G.F. Gruenbaum, Z.S. Pinchover, E. Lunenfeld, A. Jotkowitz, *Ovum donation: examining the new Israeli law*, in *Eur J Obstet Gynecol Reprod Biol.*, 2011 Nov, 159(1), p. 40 ss.; C. Shalev, *From woe to woe: Egg donation in Israel*, in *International Women’s and Gender Studies in Lower Saxony*, 6, 2010, p. 71 ss.

57 Moshe v. The Board for Approval of Embryo Carrying Agreements under the Embryo Carrying Agreements Law, cit.

58 In senso critico, S. Bassan, *Donations for Sale-Rhetorical Methods in the Service of Compensated Egg Recruitment in Israel*, in *Geo*.

Per completare il quadro, per quanto riguarda le donne single, quindi anche le coppie lesbiche, queste possono concepire usando una donazione anonima di sperma senza limitazioni⁵⁹. Entrambe sarebbero considerate madri: una dando alla luce il bambino; l'altra, a seguito di un decreto giudiziario che la dichiara seconda madre del bambino⁶⁰.

7. La *surrogacy* transfrontaliera sulla regolamentazione nazionale e il riconoscimento della filiazione interna

A questo punto, occorre tirare le fila sulla ricostruzione del panorama israeliano sulla *surrogacy*. Il summenzionato contenzioso Nahmani aveva anticipato il problema dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita e alla *surrogacy*; a questo proposito, la Commissione Aloni e il seguente ECAL avevano risolto la questione per le sole coppie eterosessuali, mentre quelle dello stesso sesso ovvero le persone non coniugate dovevano comunque rivolgersi all'estero e poi richiedere il riconoscimento in Israele del certificato di nascita dei bambini venuti al mondo attraverso la gestazione per altri. Fino a questo punto, quindi, la *surrogacy* regolata dallo Stato diventava uno strumento di perpetuazione della tradizione religiosa più che di autodeterminazione genitoriale.

Nel panorama giuridico israeliano la questione invece era più concreta cioè riguardava il riconoscimento interno della filiazione nata da *surrogacy* straniera da parte delle coppie dello stesso sesso: si trattava di un passaggio ulteriore rispetto a quanto già affrontato nella controversia Nahmani: siffatta evoluzione minava nel profondo la visione tradizionale della famiglia legata ai valori religiosi per la presenza di un elemento distintivo, cioè la possibile composizione omosessuale maschile della coppia.

La prima iscrizione nei registri di stato civile israeliani dei provvedimenti stranieri di riconoscimento dei minori quali figli di una coppia dello stesso sesso ai sensi del *Population Registry Act*⁶¹ è stata autorizzata dalla giurisprudenza nel 2014 con il caso Mamet Meged⁶². In questa occasione la Corte Suprema israeliana aveva affermato che la registrazione dell'atto di stato civile straniero o della sentenza straniera relativi al riconoscimento dello status di figlio di una coppia dello stesso sesso non poteva essere rifiutata in virtù della tutela del miglior interesse del minore. Infatti, l'interesse del minore e la tutela della fede pubblica del certificato di nascita giustificano la registrazione di entrambi i genitori allo stato civile, senza che sia necessaria alcuna procedura di adozione⁶³.

È in questa procedura che si osserva emergere il cambiamento di orientamento in materia di riproduzione artificiale e di *surrogacy*, considerate parti integranti della medicalizzazione della riproduzione umana⁶⁴: fino a che essa riguardava le coppie eterosessuali, la gestazione per altri è stata considerata alla stregua di un miglioramento offerto dalla *techne* a favore dell'autodeterminazione personale e della partecipazione attiva alla procedura medica.

J. *Gender & L.*, 2018, 20, p. 1.

⁵⁹ A. Westreich, *Surrogacy and Egg Donation in Israel: Legal Arrangements, Difficulties, and Challenges*, cit. p. 277 ss.

⁶⁰ Tuttavia, se la coppia si separasse, il tribunale sarebbe favorevole alla madre genetica, ma anche qui, ci sono i primi segni di cambiamento (A. Westreich, op. cit.; Family Court, G.D. and D.P. v. Attorney General, 22.5. 2017).

⁶¹ Population Registry Act 1965, Books of Law, 466 (1.8.1965), p. 270.

⁶² High Court of Justice 566/11 Doron Mamet-Meged v. Ministry of the Interior, 28.2014

⁶³ Y. Ilany, N. Ilany, op. cit.; A. Margaria, *Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion*, in *Medical Law Review*, Volume 28, Issue 2, Spring 2020, p. 412 ss.

⁶⁴ T. Maya, A. Ben-Ari, *Experience and Meanings of Surrogate Pregnancy among Gay Israeli Men Who Become Parents through Overseas Surrogacy*, in *Journal of Homosexuality*, 2021.

Al contrario, nel caso dell'implementazione di tali concetti nei confronti di una coppia omosessuale, specie se maschile, le voci contrarie alla *surrogacy*, provenienti soprattutto da specifiche correnti del femminismo, mutano radicalmente prospettiva. Esse interpretano la medicalizzazione della riproduzione umana come una forma di alienazione, oggettivizzazione, isolamento delle donne, se non addirittura una patologizzazione della riproduzione che comporta uno scollamento e una alienazione della connessione tra il feto e la gravidanza⁶⁵

Nondimeno, il doversi rivolgere all'estero, in particolare negli Stati Uniti, ha reso evidente che la rigorosa definizione di chi poteva accedere alla *surrogacy* nazionale ai sensi della *ECAL* era troppo rigida, dando spazio ad applicazioni irragionevoli e sproporzionate violative del principio di uguaglianza⁶⁶.

8. La svolta giurisprudenziale della Corte Suprema di Israele

In conseguenza di quanto sopra menzionato, le coppie dello stesso sesso rivendicarono il diritto di uguaglianza all'accesso alle tecnologie di riproduzione artificiale, gestazione per altri compresa, attraverso la strategia giudiziaria. Nel 2015 venne presentata un'istanza per accedere alla *surrogacy* alle coppie dello stesso sesso e alle persone singole, indipendentemente dalla sussistenza del legame genetico con il nascituro. La Corte Suprema israeliana stabilì invece un primo risultato, cioè che l'esistenza di un legame genetico tra almeno uno dei due genitori e il nascituro da *surrogacy* fosse una condizione necessaria ai sensi di legge⁶⁷.

A questo punto, in Israele, accadde che la questione sull'accesso delle coppie dello stesso sesso alla *surrogacy* come disciplinata dalla *ECAL* subì una scissione: da un lato le istanze delle coppie omosessuali femminili trovarono ascolto, mentre le istanze delle coppie omosessuali maschili dovettero ancora attendere rimanendo in sospeso. Per le prime si aprì il dibattito nel Parlamento israeliano, la Knesset, e la Corte Suprema riconobbe che seppure la sospensione della trattazione delle istanze delle parti attrici fosse per loro pregiudizievole, dall'altro lato occorreva lasciare il tempo alla Knesset di svolgere il ruolo legislativo. Di conseguenza, la Corte sospese il procedimento per sei mesi al fine di dare sufficiente tempo al Legislatore di portare a compimento l'emendamento dell'*ECAL*⁶⁸. Trascorso tale lasso temporale, la Corte pubblicò la sua decisione il 3 agosto 2017⁶⁹, riconoscendo una discriminazione per le donne singole sterili o infertili che non potevano accedere alla *surrogacy*, nonostante le loro condizioni.

A questo punto occorre specificare che il Legislatore israeliano emendò l'*ECAL* il 18 luglio 2018, estendendo il diritto alla maternità surrogata alle sole donne single (quindi implicitamente, alle coppie lesbiche, nel caso in cui nessuna delle due componenti fosse stata in grado di portare avanti una gravidanza).

In questo momento la concezione della genitorialità sembra mutare: da progetto meramente procreativo legato alla concezione religiosa della riproduzione, e alla eterosessualità della coppia genito-

65 T. Maya, A. Ben-Ari, *Experience and Meanings*, cit.

66 H. Abraham, *A family is what you make it: Legal recognition and regulation of multiple parents*, in *Am. UJ Gender Soc. Pol'y & L.*, 2017, 25, p. 405.

67 Y. Ilay, N. Ilany, op. cit.

68 A. Westreich, *Surrogacy and egg donation in Israel: legal arrangements, difficulties, and challenges*, op. cit.

69 HCJ 781/15 Itay Arad-Pinkas, Yoav Arad-Pinkas et al. v. The Surrogacy Agreements Approval Committee and the Knesset (August 3, 2017) (Heb.) (Isr.), Justice Jubran's opinion, section 46 (Y. Ilany, N. Ilany, *The LGBT community in Israel*, cit.).

riale, entra in scena la diversa considerazione del progetto di genitorialità quale realizzazione personale. La cartina di tornasole che consente di registrare siffatto mutamento è il principio di non discriminazione, che pone sullo stesso piano dell'accesso alla genitorialità, indipendentemente da impedimenti fisiologici ovvero dell'orientamento sessuale, tanto le donne (*che possono partorire*), quanto gli uomini (*che non possono partorire*).

Alla luce di tale ricostruzione, la nuova disciplina apriva proprio una questione di natura discriminatoria, nel senso che concedeva un diritto costituzionale, cioè il diritto a diventare genitore solo ad un gruppo, (*cioè alle donne, anche omosessuali*), ma lo negava ad un altro gruppo (*cioè agli uomini, ma solo se omosessuali*), a causa dell'identità, delle preferenze, del modo di vivere.

Ciò nonostante, nel 2018, la Knesset ha approvato la modifica dell'*ECAL*⁷⁰ che ha cambiato la definizione di "genitori designati", come indicato dalla Corte Suprema, ma solo a favore delle donne singole (*e quindi anche alle coppie di lesbiche*) che, a causa di problemi medici, non fossero in grado di concepire o portare a termine una gravidanza senza mettere a rischio la loro vita⁷¹.

La richiesta delle coppie omosessuali maschili o delle persone di orientamento omosessuale di essere considerati eligibili per la *surrogacy* non venne presa in considerazione per via dell'opposizione presente nella Knesset dove alcuni membri del Parlamento affermavano che Israele non doveva farsi capofila delle "*world deviations*"⁷². Sul punto, da parte parlamentare, veniva riproposta la già nota asserzione basata su una visione culturalmente tradizionalista e conservatrice del concetto di natura⁷³ e cioè che non vi fosse uguaglianza tra i generi, che la famiglia normativa, morale, tradizionale, naturale ed ebraica prevedeva ruoli distinti tra uomini e donne e che le donne sono meglio degli uomini (*nella genitorialità*). Inoltre, veniva ribadito che la *surrogacy* è innaturale per gli uomini che non sono naturalmente portati a concepire, pertanto è immorale, disumana e non ebraica⁷⁴.

Sintetizzando, si tratta di considerazioni abituali per chi rifiuta che la genitorialità possa essere la realizzazione di una scelta individuale. Si fa riferimento a tali asserzioni perché è interessante verificare come la giurisprudenza sia stata un motore di cambiamento dell'approccio alla *surrogacy*, anche in una realtà dove la visione conservatrice del dettato religioso è ancora presente nelle istituzioni e nella società.

Pertanto la questione ritorna di fronte alla Corte suprema per la parte che è rimasta irrisolta e sospesa, cioè l'accesso delle persone di sesso e genere maschile e di orientamento omosessuale alla genitorialità attraverso la *surrogacy*.

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte superano i limiti fisiologici e si pongono nella prospettiva di protezione della dignità, tutelata dalla *Basic Law*⁷⁵ di Israele contro la violazione dell'uguaglianza che da essa discende. La dignità così enucleata verrebbe violata dando rilievo alla discriminazione fondata sia sulla corporeità (*cioè l'incapacità di portare a termine una gravidanza e di partorire*) sia sull'orientamento sessuale.

Ciò posto, vi sarebbe altresì la violazione del diritto alla genitorialità, infatti il presupposto conte-

70 Embryo Carrying Agreements Law (Approval of Agreement and Status of Newborn Amendment no. 2) 2018, Book of Laws 2748, 941 (Y. Ilany, N. Ilany, cit. p. 91).

71 Y. Ilany, N. Ilany, cit.

72 Labor, Welfare and Health Committee meeting, 29.5.2018 (Y. Ilany, N. Ilany, cit.).

73 Sui diversi cambiamenti culturali del concetto di natura, si veda: R. Bondi, A. La Vergata, *Natura* Il Mulino, Bologna, 2015, *passim*.

74 Labor, Welfare and Health Committee meeting, 29.5.2018 (Y. Ilany, N. Ilany, cit.).

75 *Basic Law: Human Dignity and Liberty* (1992), consultabile su <https://m.knesset.gov.il/en/activity/pages/basiclaws.aspx>. In dottrina, P. Kollontai, *On Human Dignity and Rights: The Dialectics of Religious and Secular Law in Israel*, in: Z. Xie, P. Kollontai, S. Kim (eds.), *Human Dignity, Human Rights, and Social Justice*. Springer, Singapore, 2020. p. 203 ss.

nuto nella decisione della Corte Suprema riguarda il fatto che il diritto alla vita familiare deriva da quello alla dignità e si estende al pieno diritto di accesso alle tecniche di riproduzione artificiale e tra queste viene annoverata anche la gestazione per altri. Tale diritto attiene a chiunque, indipendentemente dal suo orientamento sessuale.

La Corte Suprema israeliana ha stabilito che il divieto di accesso alla *surrogacy* da parte di coppie dello stesso sesso o di uomini singoli costituisce una discriminazione. Nuovamente, la Corte Suprema ha rinviato di un anno la pubblicazione della sua decisione affinché la Knesset adeguasse la normativa israeliana ai dettami costituzionali enucleati dai giudici di massimo grado.

Successivamente, l'11 luglio 2021, la Corte Suprema israeliana ha ripreso la parola e ha ammesso le suddette coppie alla gestazione per altri abolendo i riferimenti ai "*designated parents*" e alla "*designated single mother*" contenuti nell'art. 1 della *ECAL* stabilendo che tutte le disposizioni di siffatta legge e dell'*EDA* devono essere interpretate alla luce del principio di uguaglianza e di due criteri specifici che impediscano la discriminazione basata sull'orientamento sessuale⁷⁶, e cioè:

a) qualsiasi interpretazione che violi il diritto all'uguaglianza e il diritto alla paternità e che escluda l'accesso delle coppie dello stesso sesso e degli uomini singoli dalla realizzazione di un accordo di maternità surrogata deve essere impedita;

b) le disposizioni dell'*ECAL* devono essere applicate allo stesso modo per quanto possibile⁷⁷.

Pertanto, ogni disparità di accesso alla maternità surrogata in Israele tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali e tra persone LGBTI+ non coniugata è lesivo della dignità della persona⁷⁸.

Siffatto passaggio sulla lesione della dignità delle persone escluse appartenenti a specifiche categorie, in particolare gli uomini singoli e omosessuali è sorprendente, perché la Corte Suprema israeliana capovolge il dibattito sul quale in Europa si accalorano i difensori della dignità della gestante. Infatti, la prospettiva è opposta, dato che è il Comitato per l'approvazione che si occupa della tutela delle donne portatrici garantendo loro un equo trattamento. Alla luce di ciò, afferma la Corte, l'ampliamento del numero di coloro che sono messi in grado accedere alla *surrogacy* non cambierebbe la posizione giuridica, né inficerebbe le tutele delle donne gestanti⁷⁹. Pertanto, le garanzie a favore delle gestanti contenute nella procedura in questione consentirebbe di stipulare accordi chiari, formalizzati in un contratto sottoposto al Comitato per l'approvazione statale al fine di garantire che la gestante sia effettivamente pronta ad affrontare la gravidanza sotto i profili fisici e psicologici e i suoi diritti garantiti. Ne consegue che gli attuali meccanismi di controllo nella sua forma attuale sono rigorosi ed

⁷⁶ Inoltre, la Corte Suprema specifica che la modifica e l'abolizione di queste definizioni lasciano intatto l'insieme degli accordi legali della Legge sugli accordi di maternità surrogata e della Legge sulla donazione di ovuli, e l'espansione dell'accesso agli accordi di maternità surrogata in Israele non nega lo scopo degli accordi delle procedure di maternità surrogata in Israele o il loro scopo medico nei confronti delle donne. 1.4. La guida del Comitato per l'approvazione degli accordi per la maternità surrogata e la formulazione dei moduli utilizzati per la presentazione delle richieste al Comitato sono stati emendati e modificati in conformità con la sentenza della Corte Suprema e le modifiche da questa apportate (Supreme Court of Justice, I. Arad-Pinkas et al. v. The Committee for the Approval of Agreements for Carrying Embryos According to the Agreements for Carrying Embryos Law (Approval of the Agreement and the Status of the Newborn), 5756-1996, 8.7.2021).

⁷⁷ Supreme Court of Justice, I. Arad-Pinkas et al. v. The Committee for the Approval of Agreements for Carrying Embryos According to the Agreements for Carrying Embryos Law, cit.

⁷⁸ Y. Zeira, B. Medina, *Not equal alone: sexual orientation, gender identity and the right to equality*, in E.H. Morgenstern, Y. Lushinsky, A. Harel (eds.), *Gender Identity, Sexual Orientation and the Law*, 2016, Hebrew University of Jerusalem, p. 159 ss.,188; RA 8821/09 Prozansky v. Good Night Company Productions Ltd., punto 25 della sentenza del giudice J. Danziger (16 novembre 2011).

⁷⁹ Supreme Court of Israel, 27.02.2020, cit.

efficaci e possono essere mantenuti anche se i committenti della gestazione per altri sono uomini single o coppie dello stesso sesso.

Per quanto concerne la parte più controversa della gestazione per altri, ovvero il versamento di denaro alla gestante nella *surrogacy* commerciale, la Corte Suprema israeliana stabilisce che è possibile prevenire gli aumenti dei costi attraverso la definizione in via legislativa della retribuzione massima per i servizi di maternità surrogata al fine di vincolare tanto le parti quanto il Comitato per l'approvazione.

Alla luce di ciò si può affermare che l'approccio della Corte Suprema israeliana considera la genitorialità come un diritto da attuarsi attraverso il contributo del corpo di terze persone sotto il controllo di un comitato all'uopo predisposto dallo Stato.

In ogni caso, il Ministro della Salute ha emanato apposite linee guida affinché il testo della *ECAL* possa essere interpretato in modo egualitario e aprendo la possibilità di accedere alla fecondazione artificiale e alla *surrogacy* anche alle persone transessuali⁸⁰.

L'apertura senza discriminazione alcuna all'accesso agli accordi di *surrogacy* pone questioni relative all'eventuale rigetto dell'istanza da parte del Comitato preposto all'approvazione degli accordi medesimi. Innanzitutto, il Comitato è tenuto a motivare per iscritto il rigetto della richiesta di approvazione dell'accordo. Se tale rifiuto è motivato dalle condizioni riguardanti i futuri genitori, questi potranno presentare una nuova istanza soltanto quando siano trascorsi due anni dal rigetto, salvo una modifica sostanziale del medesimo. Ma in cosa consiste tale sostanza? Le linee guida non lo specificano e quindi si può ipotizzare che la modifica riguardi soprattutto la portatrice e le condizioni personali che la caratterizzano. Ulteriormente, come va conteggiato il decorso dei due anni rispetto al rifiuto? E esso ha valenza nei confronti della coppia nella sua stessa composizione, oppure solo nei confronti di ciascun singolo membro della coppia medesima? Si potrebbe ipotizzare questa seconda soluzione dato che soggetti alla normativa sono i singoli richiedenti, indipendentemente dal fatto che siano membri di una coppia, dato che con la nuova disciplina la *surrogacy* è accessibile anche ai singoli⁸¹.

Nel caso in cui, successivamente all'approvazione dell'accordo da parte della commissione, le parti adottino una modifica al medesimo, e l'embrione non è ancora stato trapiantato nell'utero della portatrice, tale modifica deve essere notificata al Comitato di approvazione il prima possibile. Il Comitato può riconsiderare l'approvazione, nel caso in cui il cambiamento sia sostanziale nei fatti, nelle condizioni e nelle circostanze che siano state fondamentali per la decisione, prima che l'impianto venga effettuato. Tale circostanza rivela il fatto che in caso contrario, l'accordo, seppure modificato, mantiene la sua valenza e ciò dovrebbe comportare una grande attenzione al rispetto dell'accordo approvato dalla Commissione da parte dei sanitari nell'effettuare l'impianto ed astenersi dal procedere in caso di cambiamenti sostanziali come, appunto, l'identità della portatrice.

9. Sommarie conclusioni

Alla fine di questo percorso ricostruttivo e interpretativo è possibile affermare che l'apertura della gestazione per altri anche alle coppie dello stesso sesso e alle singole persone omosessuali è giunto solo dopo una lunga controversia giurisprudenziale che ha visto la Corte Suprema di Israele intervenire

⁸⁰ Ministero della Salute, Accordi per il trasporto di embrioni (approvazione dell'accordo e stato del neonato), 1996 - Linee guida per l'attuazione, consultabili su <https://www.gov.it/he/Departments/policies/mk07-2021>

⁸¹ Ministero della Salute, Accordi per il trasporto di embrioni (approvazione dell'accordo e stato del neonato), 1996 - Linee guida per l'attuazione, cit.

due volte indicando al Legislatore i termini in cui disciplinare la materia.

La parte di siffatto percorso che suscita interesse e stimola riflessioni riguarda la circostanza che la Corte Suprema israeliana fonda entrambe le proprie decisioni sul principio della dignità, al di là di ogni visione ideologica, perché pone sullo stesso piano, sotto il profilo della responsabilità verso il nuovo nato, non solo la figura materna (*declinandola sia dalla prospettiva della madre di intenzione ovvero della portatrice*), ma chiunque decida di effettuare la scelta di diventare genitore, prendendosi cura di chi non esisteva, ma diviene ad esistenza attraverso una decisione specifica e responsabile. Tale responsabilità prescinde dal genere ovvero dal sesso di chi la prende, perché la Corte Suprema israeliana sottolinea che tale decisione non deve cadere esclusivamente sulle spalle delle donne. Da un lato, ciascuno diventa genitore nel momento in cui lo decide e dall'altro lato ciascuno deve essere legalmente responsabile delle proprie scelte e queste ultime prescindono dalla circostanza di appartenere o meno ad un gruppo LGBTIQ+.