

***Navigare a vista.
Il giurista italiano e la maternità surrogata.***

di Elisabetta Lamarque

1. *Codesto solo oggi possiamo dirti: ciò che non siamo, ciò che non vogliamo*¹.

Confesso che ho trovato particolarmente impegnativo arrivare a formulare queste poche righe di riflessione sulla maternità surrogata perché il fenomeno, oltre a essere profondamente distante dalla mia personale sensibilità, si presenta molto complesso dal punto di vista sia tecnico-scientifico che psico-sociale.

Per inquadrarlo mi sono state necessarie molte letture, anche non giuridiche, delle quali qui non è neppure utile dare conto. Soltanto in un secondo momento ho potuto rivestire nuovamente i panni del costituzionalista, del tecnico del diritto, per esaminare la realtà di questo fenomeno così come da qualche anno si presenta nelle aule giudiziarie del nostro paese, nel tentativo di individuare le possibili coordinate a cui potrebbero rifarsi le risposte – giudiziarie o anche eventualmente legislative – alle domande che sempre più spesso investono i nostri giudici.

La sfida che questo tema pone è straordinaria. Non c'è un solo caso giudiziario, tra quelli finora sorti, che non abbia le caratteristiche drammatiche dell'*hard case*.

A differenza che in altri ambiti del cosiddetto biodiritto, tuttavia, in tema di maternità surrogata l'interprete italiano non può seriamente lamentarsi dell'inerzia del legislatore, perché la scelta legislativa c'è ed è chiarissima nel senso del divieto assoluto, assistito dalla sanzione penale².

¹ E. Montale, *Non chiedervi la parola*, in *Ossi di seppia*, Piero Gobetti, Torino, 1925.

² L'art. 12, c. 6, della l. n. 40 del 2004 dispone che "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza,

Questa scelta così rigorosa, inoltre, oltre a essere piuttosto diffusa nel panorama internazionale, è dai più ritenuta adeguata alla nostra realtà sociale e compatibile con il nostro quadro di valori culturali di riferimento. La maggior parte di coloro che sono intervenuti in argomento, infatti, pur muovendo da posizioni ideologiche e culturali molto distanti tra loro, guarda con estremo sospetto almeno la pratica commerciale, e cioè quella che prevede un corrispettivo economico a favore della donna che mette a disposizione il proprio corpo per portare a compimento una gravidanza per conto di altri e che si impegna a cedere il nato ai ‘committenti’.

C’è poi anche un altro motivo che induce numerosi autori a ritenere che al legislatore italiano non si possa chiedere di più e di meglio, ed è il seguente: tutti gli *hard cases* riguardano le conseguenze in Italia del ricorso a tale tecnica da parte di cittadini italiani in paesi dove la surrogazione di maternità è ammessa. E’ difficile sostenere che un legislatore nazionale che ragionevolmente vieta penalmente una condotta debba poi premurarsi di regolare tutte le possibili conseguenze civili e penali della medesima azione commessa fuori dal territorio italiano.

Almeno sulla irrilevanza penale in Italia della pratica lecitamente compiuta all’estero, tra l’altro, la giurisprudenza italiana, dopo varie oscillazioni, è giunta ormai a un punto fermo che a me pare condivisibile. La Corte di Cassazione è intervenuta sul tema per la prima volta l’anno scorso, e lo ha fatto in modo dirimente affermando che: *a)* non sussiste il reato previsto dall’art. 12, c. 6, della legge sulla procreazione medicalmente assistita a causa dell’errore di diritto inevitabile ai sensi dell’art. 5 c.p. da parte della coppia che si reca in un paese dove la pratica è lecita, dato che resta controversa in giurisprudenza la questione se, per punire il reato commesso all’estero, l’art. 9 c.p. richieda o meno la ‘doppia incriminabilità’; e *b)* non sussiste nemmeno il delitto di alterazione di stato previsto dall’art. 567, c. 2, c.p. perché non è dato cogliere alcuna alterazione dello stato civile del minore nato all’estero e all’estero registrato come figlio della coppia di italiani quando “l’atto di nascita risulta perfettamente legittimo alla stregua della normativa nella quale

organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”.

doverosamente è stato redatto”³.

Fino a un certo momento, allora, l’unica certezza che mi è sembrato possibile coltivare ha riguardato proprio la maternità surrogata a titolo oneroso, in relazione alla quale mi pare che sussista un vero e proprio obbligo costituzionale di *non eliminare* il divieto.

Due autorevoli colleghi hanno illustrato questa posizione molto meglio di quanto non possa fare io, con parole che condivido totalmente: “La mercificazione della maternità e la ‘contrattualizzazione’ della consegna dei neonati ai ‘committenti’ dietro pagamento di una somma di denaro determinano un’incisione intollerabile sulla dignità della gestante, trasformando in *mezzo* il grembo femminile, e sulla dignità dei bambini, ridotti a *beni commerciabili*, così che tali pratiche non possono in alcun caso considerarsi lecite nel nostro ordinamento, nemmeno quando le madri surrogate dichiarino di accettare liberamente di sottoporsi all’inseminazione”⁴.

La tentazione è stata allora quella di non andare oltre, per evitare di addentrarmi nell’esame delle numerose ipotesi di utero in affitto che generano problemi giuridici di volta in volta differenti circa la posizione e i diritti dei diversi soggetti coinvolti⁵.

Se avessi deciso di fermarmi a questa unica conclusione, tra l’altro, sarei stata in ottima compagnia. Anche il Comitato Nazionale di Bioetica ha approvato, il 18 marzo 2016, una mozione sulla sola maternità surrogata a titolo oneroso, condannandola con fermezza sotto il profilo bioetico in una stringata mozione di poche righe, mentre ha preferito sospendere il giudizio sul più delicato e controverso argomento della surrogazione di maternità senza corrispettivo economico, riservandosi di esaminarlo “in

³ Cass., sez. V pen., 5 aprile 2016, n. 13525. Sul quadro anteriore a questa pronuncia rinvio, per tutti, a M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, pp. 917 ss.

⁴ A. Ruggeri e C. Salazar, “Non è lecito separarmi da ciò che è mio”: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di *Antigone*, in *Consulta Online*, n. 1/2017, p. 143.

⁵ Per un quadro delle delicate questioni finora sorte si rinvia, per tutti, a R. Bin, *Maternità surrogata. Ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2016, ai contributi pubblicati nel medesimo numero della Rivista e a B. Liberali, *problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 136 ss..

uno specifico parere più ampio e articolato”⁶.

2. Una coordinata costituzionale in più per una navigazione sicura.

Nel momento in cui ho distolto l’attenzione dalla donna gestante e mi sono concentrata sulla posizione del nato, tuttavia, ho scoperto l’esistenza di una ulteriore coordinata di ordine costituzionale, finora inesplorata, in questa delicata materia.

Mi riferisco alla necessità, sulla base dell’art. 2 Cost., di considerare colui che nasce a seguito di una pratica di surrogazione di maternità sempre come *persona*, e mai come oggetto.

Le conseguenze che discendono, a mio parere, da questa nuova prospettiva sono due.

La prima è l’incompatibilità con il nostro ordinamento costituzionale della maternità surrogata *tout court*, a qualunque titolo avvenga la cessione del nato, e quindi anche di quella offerta gratuitamente, e cioè intrapresa da una donna per puro spirito altruistico e di solidarietà nei confronti di chi, più facilmente un’amica o una parente, non può portare a termine una gravidanza.

Non mi riferisco qui alla difficoltà pratica di distinguere un atto di cessione gratuito con rimborso spese da una compravendita di un bambino, che a qualcuno consiglia di vietare, per prudenza, qualsiasi tipo di maternità surrogata. Né tantomeno intendo richiamare la difficilissima

⁶ Questo il testo della mozione: “Il CNB si è espresso più volte contro la mercificazione del corpo umano (Mozione sulla compravendita di organi a fini di trapianto, 18 giugno 2004; Mozione sulla compravendita di ovociti, 13 luglio 2007; Parere sul Traffico illegale di organi umani tra viventi, 23 maggio 2013). In questi documenti il CNB ha ricordato e fatto proprio il disposto dell’art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina (1997): “Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto”, disposto che, ribadito dall’art. 3 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali (2000), costituisce uno dei principi etici dell’Unione europea. Il CNB ricorda che la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio sottoposto come un oggetto a un atto di cessione. Il CNB ritiene che tale ipotesi di commercializzazione e di sfruttamento del corpo della donna nelle sue capacità riproduttive, sotto qualsiasi forma di pagamento, esplicita o surrettizia, sia in netto contrasto con i principi bioetici fondamentali che emergono anche dai documenti sopra citati”. La mozione e le posizioni di dissenso si leggono all’indirizzo http://bioetica.governo.it/media/170978/m17_2016_surroga_materna_it.pdf.

questione antropologica, psicologica e forse anche filosofica, circa l'esistenza di doni che non contemplino un corrispettivo (oppure non implicino l'attesa di un corrispettivo) sia pure di tipo relazionale o comunque non economico⁷.

Semplicemente ritengo che nella prospettiva costituzionale il nato, in quanto persona, non solo non può essere venduto o comprato, ma neppure può essere ceduto gratuitamente ad altri, perché anche in questo secondo caso la persona viene ridotta a *oggetto* (del dono)⁸.

Se ci si pensa bene, invece, ciò una donna è in grado di donare – in senso proprio e pieno e con assoluta gratuità – è la vita a colui che porta dentro di sé. Cosa che accade nel momento in cui la gestante decide di non interrompere la gravidanza.

Ma donare la vita *al* feto, consentendogli di nascere a costo di un proprio sacrificio personale, fisico ed emotivo, è cosa ben diversa dal donare la vita *del* feto, sia pure a una coppia che desidera averlo come figlio.

Se questo è vero, si potrebbe allora paradossalmente sostenere che l'unica forma di 'maternità surrogata' – se così vogliamo osare chiamarla – ammessa dalla nostra Costituzione, perché non implica la riduzione a oggetto della persona del figlio, è l'adozione da parte di una coppia di aspiranti genitori di un bambino nato da una donna che, dopo avere scelto di portare a termine la gravidanza, chiede di non essere nominata nell'atto di nascita.

La seconda conseguenza attiene alla posizione nei confronti dei 'committenti' del nato da una eventuale surrogazione di maternità avvenuta all'estero oppure in Italia in violazione del divieto.

Dalla sicura qualificazione del nato come persona deriva, a mio parere, che non sia possibile appoggiarsi, neanche implicitamente, all'argomento secondo cui non si dovrebbe premiare, assegnando loro il figlio, coloro che hanno consapevolmente aggirato o violato il divieto.

Anche considerare il nato come un 'premio' o viceversa come una

⁷ Illuminante la lettura, suggeritami da Gustavo Zagrebelsky, che ancora ringrazio, del risalente testo dell'antropologo M. Mauss, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, 1923-1924, trad. it. Einaudi, Torino, 1965.

⁸ E in ciò risiede a mio parere una ulteriore, dirimente, differenza con la donazione di organi, a cui a volte impropriamente (M. Nisticò, *Gestazione per altri: l'improprio paragone con la donazione di organi*, in *Quad. cost.*, 2016, pp. 373 ss.) la maternità surrogata a fini altruistici viene equiparata.

‘sanzione’ per un comportamento altrui, infatti, lo riduce a *oggetto*, e di conseguenza lede la sua dignità di persona umana.

3. Navigare a vista tenendo la rotta.

Chiuderei quindi così il mio ragionamento. Poiché ritengo non probabile né dovuto un ulteriore intervento del nostro legislatore in tema di maternità surrogata, penso che davanti ai casi complessi che via via si presenteranno ai giudici italiani essi debbano rassegnarsi a navigare a vista, tenendo però sempre presente la seconda delle due coordinate fondamentali sopra esposte, che vieta loro in ogni caso di servirsi della persona nata da surrogazione di maternità per punire, in mancanza di altra sanzione, chi l’ha ‘commissionata’.

Nel senso che la Costituzione italiana non ammetta meccanismi che facciano ricadere sui figli le colpe (anche penali) dei padri e delle madri, tra l’altro, sembra andare anche la giurisprudenza costituzionale. Si pensi alle sentenze che hanno ritenuto contraria a Costituzione l’automatica decadenza dalla responsabilità genitoriale di coloro che sono stati condannati per i delitti di alterazione e soppressione di stato e alla sentenza che ha giudicato incostituzionale il divieto posto al figlio dal codice civile del 1942 di fare dichiarare giudizialmente la paternità o la maternità incestuosa⁹. Senza contare che il risultato raggiunto da quest’ultima sentenza è stato successivamente consolidato e addirittura ampliato dalla riforma legislativa del 2013 che, pur mantenendo in vita il reato di incesto, ha introdotto la possibilità di riconoscimento del figlio da parte del genitore incestuoso, sia pure “previa autorizzazione del giudice avuto riguardo all’interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio”¹⁰.

L’ultima riflessione riguarda la rotta tenuta finora dai giudici italiani, che è a mio parere ineccepibile.

Ricordo solo i due interventi giurisprudenziali più significativi.

⁹ Rispettivamente Corte cost., sentt. n. 31 del 2012, n. 7 del 2013 e n. 494 del 2002.

¹⁰ Art. 251, c. 1, cod. civ. su cui si veda, per tutti, P. Morozzo della Rocca, *La nuova disciplina sui figli dell’incesto*, in *Minorigiustizia*, n. 2/2015, pp. 136 ss.

Il primo è una nota sentenza della Corte di Cassazione del 2014. Di fronte a una maternità surrogata praticata in modo non conforme alle norme del paese estero in cui era avvenuta, e dunque in presenza di un certificato di nascita nullo già ai sensi della legge di quel paese, e pronunciandosi su un neonato privo di un legame biologico con tutti e due i cittadini italiani che si dichiaravano suoi genitori, la Cassazione ha confermato lo stato di abbandono e quindi l'adottabilità del neonato motivando come segue: "il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse [l'interesse del minore] si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto"¹¹.

Il secondo intervento giurisprudenziale da ricordare è di una questione di costituzionalità sollevata nel 2016 dalla Corte d'Appello di Milano e a oggi non ancora decisa dalla Corte costituzionale¹².

Il caso concreto era diverso, perché riguardava un neonato nato all'estero a seguito di una surrogazione di maternità conforme alla legge straniera, dotato di un atto di nascita regolare e per di più figlio biologico di colui che nell'atto di nascita era indicato come padre legale, e il giudice era chiamato a pronunciarsi sulla impugnazione, proposta dal curatore speciale del neonato, per difetto di veridicità del riconoscimento da parte della cittadina italiana che nell'atto di nascita risultava come madre.

Mentre le parti del giudizio insistevano nell'eccepire l'incostituzionalità del divieto legislativo assoluto di maternità surrogata, il collegio ha ritenuto che tale divieto fosse senz'altro da mantenere in casi come quello di specie, nel quale la surrogazione non era certo avvenuta a fini altruistici e la maternità era stata anzi offerta a pagamento "nel contesto di un mercato [quello indiano] notoriamente all'epoca deregolato". Di

¹¹ Cass., sez. I civ., 11 novembre 2014, n. 24001. Per un esame della nozione di 'interesse del minore' abbracciata da questa pronuncia si consenta il rinvio a E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016, pp. 13-19.

¹² Corte App. Milano, ord. 25 luglio 2016, R.O. n. 273 del 2016 (u.p. non ancora fissata).

conseguenza, il collegio ha respinto con ampia motivazione le eccezioni di costituzionalità sollevate dai difensori della madre legale e dal curatore speciale del minore. Contemporaneamente, tuttavia, ha sollevato d'ufficio una diversa questione di costituzionalità, relativa all'art. 263 cod. civ. "nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenni possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso", assumendo come parametri costituzionali interni gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. e denunciando, tramite l'art. 117, c. 1, Cost., la contrarietà della norma alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 8 Cedu.

Così formulata, la questione di costituzionalità proposta dalla Corte d'Appello di Milano coglie perfettamente nel segno.

Non desidero qui soffermarmi sui parametri invocati, che appaiono pertinenti e completi, e sui profili di illegittimità costituzionale illustrati nell'ordinanza di rimessione, tutti ben motivati.

Mi interessa ora soltanto rilevare che l'effetto di una futura declaratoria di incostituzionalità nel senso indicato dal giudice remittente realizzerebbe contemporaneamente due apprezzabili esigenze di carattere costituzionale. Da una parte, l'accoglimento della questione offrirebbe finalmente alla Corte costituzionale l'occasione di affermare, nella *motivazione* della sua sentenza, la assoluta contrarietà al nostro quadro costituzionale della pratica della surrogazione di maternità. Le consentirebbe, in altre parole, di dare una chiara indicazione al legislatore italiano e un contributo di civiltà al dibattito europeo, offrendo magari uno spunto in questo senso a future pronunce della stessa Corte di Strasburgo, che finora non ha mai voluto prendere posizione¹³ sulla compatibilità o meno con la Cedu della stessa maternità surrogata per finalità di lucro.

Dall'altra parte, e soprattutto, una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma codicistica sul disconoscimento della paternità o maternità che consentisse al giudice di valutare caso per caso l'idoneità

¹³ C. Honorati, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in *forumcostituzionale.it*, 2 marzo 2017.

della famiglia in cui andrebbe a collocarsi il minore nato da surrogazione di maternità garantirebbe al giudice la necessaria flessibilità nei casi concreti ¹⁴, consentendogli di non fare ricadere sulle spalle dei figli innocenti il peso insopportabile della somma delle mancanze dei loro genitori biologici e delle colpe dei loro genitori legali e sociali.

¹⁴ Nel senso che sia dubbio che chi ha voluto essere genitore tramite un accordo in frode alla legge debba essere automaticamente ritenuto inadeguato al ruolo genitoriale v., per tutti, E. Crivelli, *Gli accordi di maternità surrogata tra legalità ed affettività*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, ESI, Napoli, 2016, p. 222.