

## ***Maternità surrogata: i difficili equilibri***

SOMMARIO: 1. - La maternità per sostituzione. - 2. L'esperienza italiana: la dottrina. - 3. Orientamenti della giurisprudenza nazionale. - 4. Il "superiore interesse del minore": quali regole per l'affidamento?

### **1. La maternità per sostituzione.**

Con la maternità surrogata una donna è disposta a partorire un bambino in sostituzione di un'altra donna. Secondo il sistema classico, la donna è fecondata con il seme del marito della coppia committente e partorisce un neonato, geneticamente imparentato con lei, che dopo il parto consegna alla coppia in questione.

Oggi il metodo, generalmente, si suddivide in due parti: gli ovociti e gli spermatozoi sono forniti dalla coppia stessa o da una donatrice di ovociti e/o da un donatore di spermatozoi, mentre la gravidanza e il parto sono affidati alla madre surrogata. In sostanza, la programmazione di un figlio viene affidata ad un accordo fatto con una donna che si mette a disposizione per rendere possibile la filiazione della coppia committente, sostituendosi in ciò alla donna della coppia ed accetta i termini dell'accordo, per solidarietà o per denaro.

Gli specialisti hanno individuato tre forme di maternità surrogata:

- 1) surrogazione di utero, detta anche "utero in affitto" (fecondazione artificiale omologa), in cui gli embrioni, fecondati con gli spermatozoi del padre committente e gli ovociti della madre committente, vengono impiantati nell'utero della madre surrogata, che porterà avanti la gestazione;
- 2) surrogazione di ovocita e di utero (fecondazione artificiale eterologa) in cui gli embrioni, fecondati con gli spermatozoi del padre committente e gli ovociti della madre surrogata, vengono impiantati nell'utero della madre surrogata stessa, la quale è nel contempo sia madre genetica/biologica, che madre gestante. Si tratta di una pratica espressamente vietata in molti Paesi (ad es. Italia, Francia, Spagna, Germania, Austria e Svizzera), in quanto, pur esistendo un contratto a monte, il figlio è a tutti gli effetti figlio della madre surrogata;
- 3) surrogazione gestionale (fecondazione artificiale eterologa) in cui l'ovocita viene donato da una donatrice, diversa dalla madre

surrogata, che viene fecondata dallo spermatozoo del padre marito/compagno della madre committente, con successivo impianto degli embrioni nell'utero della madre surrogata. In caso di surrogazione gestionale, la scissione della maternità in una donatrice del materiale genetico e una donna che partorisce il bambino, porta alla conseguenza che la madre che dà alla luce il bambino non è geneticamente imparentata con quest'ultimo. La madre genetica del bambino, generalmente ignora l'identità di chi ha acquisito il suo ovocita, di chi ha fornito gli spermatozoi per fecondare tale ovocita e a chi infine è stato impiantato. In questo modo, nello spirito delle norme che la consentono, viene garantito che il legame familiare e sociale nasca esclusivamente solo tra i genitori paganti ed il bambino<sup>1</sup>.

Il panorama internazionale è vario: in alcuni Paesi la pratica è ammissibile, in altri assolutamente vietata.

Il Parlamento Europeo con la Risoluzione del 16 maggio 1989 ha ritenuto che: "ogni forma di maternità per sostituzione sia da respingere" e che la mediazione commerciale debba essere punita.

La Convenzione di Oviedo sui diritti umani e sulla biomedicina approvata nel 1997, pur non intervenendo sulla procreazione assistita viene ad incidere su tali rapporti in virtù dell'art. 21 che stabilisce il divieto di trarre profitto economico dal corpo umano e dalle sue parti. La Carta Diritti UE, all'art. 3, ribadisce il principio affermando espressamente il "divieto di fare del corpo umano e delle sue parti fonte di lucro".

In Italia, la legge n. 40 del 2004 sancisce espressamente il divieto al "ricorso di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo" e prevede anche che "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro" (art. 12).

Nel mondo, gli accordi di maternità surrogata sono permessi e regolati, mediante un'apposita disciplina, nella Stato del Victoria (Australia), in Brasile, ad Hong Kong, nel Sud Africa, in Israele, in Ungheria, in Olanda ed in Gran Bretagna. In altri paesi, come la Corea, in alcuni Stati degli USA e dell'Australia, sono state introdotte delle linee

---

<sup>1</sup> Sull'argomento cfr. FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, 2002; ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 193; SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, *ivi*, 2000, II, 293; GRAZIANI, CORTI (a cura di) *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002; FERRANDO, *Libertà, Responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 441.

guida che ne consentono l'ammissibilità. Tali accordi sono ritenuti legittimi anche in Belgio, in Finlandia, in Grecia, dove non è prevista alcuna disciplina specifica.

## **2. L'esperienza italiana: la dottrina.**

Nel nostro ordinamento la pratica di surrogazione di maternità è espressamente vietata dall'art. 12, 6° comma, della legge n. 40 del 2004, che sancisce un divieto, rafforzato da sanzione penale, della pratica secondo cui una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio per un'altra donna<sup>2</sup>.

Esso non è stato travolto dalla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'analogo divieto di fecondazione eterologa, di cui all'art. 4, 3° comma, della legge citata, pronunciata dalla Corte costituzionale con la recente sentenza n. 162 del 2014.

La legge italiana non dispone nulla in ordine alla liceità della surrogazione di maternità attuata all'estero da cittadini italiani.

Sul punto la dottrina ha aperto un ampio dibattito.

La tesi prevalente nega validità degli accordi di surrogazione di maternità attuata all'estero da cittadini italiani, trattandosi di pratiche in conflitto con le disposizioni codicistiche di cui agli art. 5 e 269 c.c.<sup>3</sup>. Secondo la dottrina dominante<sup>4</sup>, la contrarietà al buon costume è sempre realizzata in presenza della conclusione di un accordo di maternità surrogata, in tutte le sue possibili varianti.

## **3. Orientamenti della giurisprudenza nazionale.**

La giurisprudenza interna si è pronunciata in rare occasioni sul tema della surrogazione di maternità, con posizioni altalenanti.

Secondo un indirizzo del passato, "il contratto di maternità con cui una donna consente di essere inseminata artificialmente e di portare a

---

<sup>2</sup> Per un approfondimento dottrinale: MORI (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma, 1988; SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004; WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli ?*, Torino, 2004.

<sup>3</sup> Cfr. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur. it. Treccani*, 1998, 1; D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983; RIZZO, *Atti di "disposizione" del corpo e tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 618. In particolare, v. DOGLIOTTI, *L'inseminazione artificiale e il parere del Comitato nazionale per la bioetica*, in *Fam. e dir.*, 1994, 554; GIAMMARINARO, *I rischi: proibizionismo e mercificazione*, in *Avvenimenti*, 12 marzo 2000, e FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 444.

<sup>4</sup> Sul punto, TRABUCCHI, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 498; CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina* Milano, 2002.

termine la gravidanza, consegnando il nato alla coppia committente, verso corrispettivo di una somma di denaro, è nullo perché contrario a norme imperative e ai *boni mores*".

In una successiva decisione, si è ammessa la validità dell'accordo intervenuto tra il medico e la coppia richiedente, ritenendosi possibile la libera disposizione del corpo stesso da parte dell'individuo, quando ciò sia necessario per la compiuta realizzazione della propria personalità<sup>5</sup>.

Ha fatto molto discutere una più recente decisione<sup>6</sup>, che, nel caso di una coppia di coniugi italo-inglese, ha ritenuto la sussistenza dei requisiti di legge per il riconoscimento nello Stato italiano del *parental order*, dichiarandone l'efficacia ai fini della trascrizione. I giudici hanno riconosciuto una "maternità sociale", dando rilievo giuridico al rapporto instaurato tra la madre surrogata ed i minori, che ormai si protraeva da dieci anni.

Vanno ricordate, inoltre, altre pronunce di merito:

- il Tribunale di Forlì, con sentenza del 25 ottobre 2011 (Italia-Kenia), in relazione ad un caso di surrogazione gestionale effettuato in Kenia, di due gemelli, ha ritenuto la non contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione dei certificati validamente emessi da un Paese straniero, in ragione del diritto costituzionalmente garantito del minore di avere per genitori coloro che si sono assunti la volontà procreativa;

- il Tribunale per i minorenni di Milano, con decreto n. 1248 del 3 agosto 2012 (Italia-India), con riferimento ad un caso di surrogazione gestionale effettuato in India, ha ritenuto il riconoscimento e la sua trascrizione contraria non solo ai principi desumibili dall'art. 269 c.c. (che presuppone che la madre sia colei che partorisce il minore) ma anche rispetto ai fini tutelati dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40;

- il Tribunale di Trieste, con sentenza del 6 giugno 2013, n. 349, ha assolto due coniugi, che avevano fatto ricorso alla maternità surrogata, imputati del reato di alterazione di stato di cui all'art. 567, 2° comma, c.p., per aver consegnato all'ambasciata d'Italia e Kievuna richiesta di trascrizione presso il Comune di Trieste, producendo i certificati di nascita dei loro bambini rilasciati dall'Ufficio di Stato civile di Zythomir in Ucraina, ritenuti ideologicamente falsi;

- il Gup del Tribunale di Varese in data 8 ottobre 2014 ha assolto due coniugi dal reato di alterazione di stato per due neonati, che erano

---

<sup>5</sup> Trib. Roma 17 febbraio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, 487.

<sup>6</sup> Cfr. App. Bari 13 febbraio 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 251.

stati fatti figurare come generati e partoriti dalla stessa madre, ma in realtà erano stati partoriti attraverso maternità surrogata. Il giudicante conclude che l'attestazione della qualità di genitore innanzi al pubblico ufficiale rilasciata dagli agenti non comporta alcun nocumento per il bene giuridico tutelato dalla norma penale (veridicità della dichiarazione), in un sistema giuridico come quello attuale in cui è divenuto sostanzialmente ininfluenza – secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani – il metodo di concepimento della prole quale presupposto per il riconoscimento della maternità e paternità. Infine, ritiene che, essendo intervenuta una sostanziale elisione dell'antigiuridicità del fatto, che trasmuta da falso punibile a falso innocuo, i genitori vanno assolti dal reato loro ascritto, perché il fatto non costituisce reato.

Nel dibattito sulla maternità surrogata è recentemente intervenuta l'importante pronuncia dell'11 novembre 2014, n. 24001, con la quale la Suprema Corte di Cassazione, confermando la decisione d'appello, ha dichiarato lo stato di adottabilità di un minore, nato in Ucraina, generato con la pratica di surrogazione di maternità, conformemente alla legge ucraina che la consente<sup>7</sup>.

Nel corso del giudizio si era accertato che coloro che risultavano, dalla dichiarazione di nascita, genitori biologici del neonato in realtà non erano tali, mentre la legge ucraina autorizza tale pratica a condizione che gli ovociti non appartengano alla donna che esegue la gestazione ed almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente, onde il contratto di surrogazione di maternità concluso con la gestante era nullo anche secondo la legge ucraina. Il certificato di nascita ucraino, inoltre, anche se debitamente postillato, non poteva essere riconosciuto in Italia, ai sensi dell'art. 65 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, essendo contrario all'ordine pubblico, atteso che la legge n. 40 del 2004 vieta qualsiasi forma di surrogazione di maternità e la stessa fecondazione eterologa.

La decisione di merito, confermata dalla Corte, ha ritenuto mancare in capo al minore lo *status* di figlio legittimo degli appellanti,

---

<sup>7</sup> In India, Georgia, Ucraina, Russia e in alcuni Stati degli USA vi è una prassi molto liberale. In Grecia, Irlanda, Regno Unito, Repubblica Ceca e Canada è legale il rapporto giuridico sinallagmatico che si instaura tra una madre e il padre committenti e la madre surrogata che, per ragioni di solidarietà, o in cambio di denaro, è disposta a farsi impiantare gli embrioni, a portare avanti la gestazione e a partorire un bambino, rinunciando ad ogni diritto. Al contrario in Svizzera, ma anche in molti Paesi limitrofi, la maternità surrogata è vietata (art. 119, 2° cpv., lett. d, della Costituzione federale della Confederazione svizzera).

con conseguente accertamento dello stato di abbandono, e dunque lo stato di adottabilità dello stesso ai sensi dell'art. 8 della legge 4 maggio 1983, n. 184, oltre al fatto che l'allontanamento del minore dal nucleo familiare dei genitori era giustificato dal comportamento di questi ultimi, i quali avevano volontariamente eluso la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita, ed avevano falsamente dichiarato di essere genitori naturali.

I punti fondamentali della decisione si basano sostanzialmente sulla individuazione di principi stabiliti dall'ordine pubblico internazionale, che *“non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali ed irrinunciabili”*.

La pratica di surrogazione di maternità si pone, secondo la S.C., in conflitto con l'istituto dell'adozione, posto che solo con tale istituto, regolato da norme particolari e non basato sul mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di una genitorialità priva di legami biologici con il nato. Si tenga presente la circostanza, non irrilevante nella specie, che i genitori in questione già da tempo avevano superato l'età per l'adozione di un neonato e, in passato, per ben tre volte avevano viste respinte le loro domande di adozione per *“grosse difficoltà nell'elaborazione di una sana genitorialità adottiva”*.

#### **4. Il “superiore interesse del minore”: quale regola per l'affidamento?**

Come conciliare, dunque, l'interesse superiore del minore ed i divieti imposti dal sistema normativo?

I genitori che ricorrono a metodi di fecondazione diversi da quelli consentiti e disciplinati dalla legge nazionale si trovano, dunque, esposti al serio rischio di vedere disconosciuto il proprio rapporto genitoriale, non potendo formalmente dichiarare le circostanze in cui è nato il figlio, posto che non è rinvenibile nell'ordinamento italiano una norma di disciplina.

Se pure si voglia considerare la questione dall'esclusivo punto di vista del minore, le conseguenze sono in effetti assai traumatiche: il bambino generato ricorrendo a surrogazione di maternità è soggetto ad uno stato di incertezza giuridica.

Non esiste, inoltre, alcuna regolamentazione che consenta di conservare i dati concernenti i profili biologici dei genitori naturali, i quali sarebbero necessari non solo ai fini della conoscenza delle proprie

origini, ma anche per ragioni di tutela della salute, in violazione degli art. 7 e 8 della Convenzione di New York che tutela il diritto dei minori a conoscere i propri genitori, e dell'art. 30 della Convenzione dell'Aja, che impone agli Stati contraenti, nella misura consentita dalla propria legge, di assicurare l'accesso del minore o del suo rappresentante alle informazioni conservate sulle sue origini, ed in particolare quelle relative all'identità della madre e del padre.

L'ampia misura del grado di estensione del principio personalista nel sistema delle fonti europee è rinvenibile nella tutela assicurata dall'art. 24 della Carta di Nizza ai diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. In questo contesto, il bambino non è più solo figlio della sua famiglia, ma è anche cittadino dell'Unione, con uno *status* nell'ordinamento fatto di situazioni giuridiche pretensive, delle quali i genitori sono soltanto lo strumento di attuazione giuridica. Tali considerazioni sono state di recente condivise dalla Corte EDU nella sentenza 28 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, non ancora definitiva, che con riferimento ad un bambino nato con maternità surrogata in Russia, dato in adozione in Italia, ha ravvisato una grave violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU per mancata considerazione del miglior interesse del minore ad essere accolto in un ambiente familiare già ritenuto idoneo, anziché essere rinviato ai servizi sociali di provenienza.

In questo contesto, il perseguimento del superiore interesse del minore impone al giudice un angolo prospettico più ampio, che prescinde dalla tutela del ruolo genitoriale, da lasciare sullo sfondo, ed è finalizzato ad assicurare la piena realizzazione di una personalità in divenire.

Ecco, allora, la sfida nei prossimi anni: la ricerca degli strumenti, normativi ed interpretativi, di riduzione del conflitto fra norme che invecchiano ed una realtà in continuo cambiamento.

ANNAMARIA FASANO