

Dilemmi morali e garanzie legali: la maternità surrogata come questione globale

di Simone Penasa e Graziella Romeo

1. – Esistono diversi modi di guardare al tema della maternità surrogata, ciascuno dei quali dipende dalla particolare prospettiva che si intende assumere: quella della madre che partorisce, quella dell'aspirante genitore d'intenzione, quella del genitore biologico e, infine, quella – prominente – del figlio. Così, dentro la maternità surrogata stanno assieme esperienze di vita disparate e posizioni giuridiche che sono diversamente prese in carico dal diritto. Il dibattito scientifico che ha indagato il tema della maternità surrogata dal punto di vista della sua ammissibilità morale in un ordinamento costituzionale ha insistito molto sulla lesione della dignità della donna. Secondo queste posizioni la surrogazione consiste nell'utilizzo del corpo femminile come mero strumento per la soddisfazione di un bisogno – quello di diventare genitore – di coloro che si trovano in una situazione di “sterilità sociale”, non dipendente cioè da un fatto biologico, ma da scelte sessuali. Il punto di vista è spesso sintetizzato nella formula “utero in affitto”, impiegata per connotare negativamente il ricorso alla pratica della surrogazione. Non si tratta di una prospettiva sostenuta soltanto dalle ali conservatrici dei partiti politici in Italia e in Europa, ma anche da alcune frange del movimento femminista che vede nella surrogazione un momento di negazione dell'autonomia della donna. Per un verso, la pratica relegherebbe le donne al ruolo di incubatrici di figli altrui, per l'altro essa esporrebbe soprattutto le fasce più deboli della popolazione femminile. Infatti, la pratica potrebbe trovare terreno fertile nelle situazioni di marginalità economica e sociale come strumento per uscire da una condizione di povertà. Questa lettura del problema intravede nelle dinamiche di fatto della surrogazione la replicazione di rapporti di potere ampiamente diffusi. Tipicamente, infatti, la surrogazione si immagina esperita da coppie omosessuali di uomini benestanti per le quali essa rappresenta la strada per avere un figlio biologicamente legato ad almeno un elemento della coppia.

2. – Ora, la riflessione accademica non ha mancato di evidenziare che però la surrogazione è un fenomeno più complesso che spesso riguarda coppie, anche eterosessuali, che decidono così di risparmiare alla donna genitrice intenzionale una gravidanza che, per ragioni mediche, non sarebbe in grado di sostenere. In questi casi, la surrogazione risponde a un desiderio di genitorialità che si scontra con impedimenti legati non a patologie (o fisiologie, nel caso della coppia omosessuale) della riproduzione, ma a situazioni di rischio clinico che si decide di non affrontare. Gli argomenti a

favore della surrogazione sono generalmente caratterizzati da un'attenzione alla pluralità delle circostanze della vita che possono suscitare il ricorso alla pratica e, parallelamente, da un'esaltazione della libertà individuale che solleverebbe la donna dalla protezione paternalista di chi ne interpreta la scelta riproduttiva come un cedimento al bisogno.

3. – In questo quadro, il diritto comparato è particolarmente utile giacché consente di indagare quali soluzioni esistano nei Paesi ove la surrogazione di maternità è consentita per contemperare le esigenze di protezione della madre surrogata e della coppia di genitori di intenzione. Dal punto di vista delle tendenze a livello comparato, è possibile identificare due elementi trasversali che, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e internazionale in materia, accomunano gli approcci normativi alla questione, prescindendo dalla concreta connotazione – in senso proibizionista o aperto/liberale – che ciascun ordinamento decida di assumere. Da un lato, alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, è possibile riconoscere una ampia discrezionalità degli Stati – e dei rispettivi legislatori – nel selezionare il modello di disciplina che ritengano più adatto alla propria matrice costituzionale, non potendosi quindi rilevare un “consensus” in materia. A livello statale, da questo punto di vista, da una rapida analisi della giurisprudenza costituzionale relativa alla legittimità di una disciplina che consenta l'accesso – eventualmente condizionato a una serie anche stringente di requisiti e limiti di carattere tanto sostanziale quanto procedurale – a tale pratica riproduttiva non sembra emergere una insanabile contrarietà tra un modello “aperto”, eventualmente temperato, e l'assetto costituzionale. Particolarmente significativa risulta in tal senso la pronuncia n. 223 del 2018 del Tribunale costituzionale portoghese, nella quale – pur giungendo a una dichiarazione illegittimità della disciplina introdotta a livello legislativo – si riconosce in linea di principio un «rilievo costituzionale positivo» di tale pratica, in quanto rappresenta una «modalità di realizzazione di interessi giuridici fondamentali dei beneficiari, i quali, per motivi di salute, risulterebbero pregiudicati». Vi si afferma, quindi, una «ammissibilità, di principio, della gestazione per sostituzione, in quanto funzionale a rendere possibile la concretizzazione di un progetto parentale e, di conseguenza, a favorire l'accesso a un bene di rilievo costituzionale (la famiglia con figli)», subordinandone allo stesso tempo la legittimità alla previsione di garanzie stringenti a tutela della autonomia della donna gestante e di requisiti e condizioni certe e determinate (*in primis*, la natura gratuita e solidaristica dell'accordo) alle quali subordinare l'accesso alla pratica.

4. – A fronte di un modello legislativo rigidamente proibizionista, la Corte costituzionale italiana nella nota sentenza n. 33 del 2021, pur non investita da una questione avente ad oggetto la legittimità del divieto previsto dalla legge n. 40 del 2004, ha affermato, da un lato, che “la pratica della maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” e, dall'altro lato, che gli interessi del minore nato da surrogazione di maternità legalmente svolta all'estero deve essere bilanciato con “lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente

sanzionato dal legislatore”. Da questi succinti riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, trova conferma l’ampia discrezionalità di cui godono i legislatori nazionali nella scelta del modello di disciplina; allo stesso tempo, emerge l’opportunità di distinguere – giuridicamente – la regolazione dell’accesso a tale modalità procreativa dalla *governance* degli effetti in termini di filiazione che si vengano comunque a produrre. Ciò vale anche – in particolare – per i modelli che adottano un approccio chiuso o proibizionista, in quanto tendenzialmente gli ordinamenti che adottano (anche solo moderatamente) approcci aperti prevedono specifiche garanzie, procedure e forme di attribuzione della genitorialità alla coppia o alla persona (quando previsto) “committente”.

5. – Inevitabilmente, la coscienza sociale – e la sua evoluzione – relativa ai beni giuridici e alle garanzie della identità, dignità, autodeterminazione di diversi soggetti coinvolti svolge un ruolo spesso determinante nell’orientare le scelte politiche, unitamente alla valutazione delle concrete dinamiche applicative – la *performance*, si potrebbe dire – che esprimono i regimi giuridici di volta in volta adottati. Si assiste inoltre a una dinamicità dei modelli normativi, che si concretizzano in riforme legislative che possono andare tanto nella direzione del superamento di un approccio proibizionista (come avvenuto in Portogallo), quanto nel rafforzamento, alla luce della prassi applicativa, delle garanzie a tutela degli interessi della donna gestante, dei nati e dei genitori di intenzione, come sta avvenendo nel Regno Unito (nel marzo del 2023 la *Law Commission of England and Wales* ha pubblicato una serie di raccomandazioni per la riforma della disciplina britannica in materia). Vi sono poi ordinamenti che, anche recentemente, hanno confermato l’impianto proibizionista esistente: in Francia, la riforma della *Loi de Bioéthique* del 2021 ha lasciato inalterata, nonostante il parere del Consiglio di Stato, la disposizione del Codice civile che sancisce la nullità di qualsiasi accordo avente ad oggetto l’esecuzione di una surrogazione di maternità; in Spagna, la recente Legge organica n. 1/2023 (“de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”) ha rafforzato il preesistente impianto proibizionista, introducendo una disposizione dedicata alla “prevenzione della gestazione per sostituzione”, attraverso campagne istituzionali di comunicazione e informazione (art. 32), e autorizzando le autorità pubbliche competenti ad agire in giudizio per far dichiarare l’illegittimità della pubblicità che promuove pratiche commerciali di maternità surrogata e per farle cessare (art. 33).

6. – Infine, a fronte di un quadro legislativo astensionista, che non prende posizione sulla liceità o meno di tale pratica, appare non irrilevante – in prospettiva comparata – il caso dell’Argentina, nel quale le corti, mediante una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni esistenti in materia di filiazione e di tecniche di procreazione medicalmente assistita, tendono a riconoscere l’ammissibilità della pratica, subordinandola a specifiche condizioni di liceità (ad esempio, la natura solidaristica dell’accordo) e alla previa autorizzazione giudiziale, garantendo così la trascrizione giudiziale del certificato di nascita che riconosca il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali.

7. – Un elemento trasversale ai diversi modelli succintamente richiamati è senz'altro rappresentato dall'esigenza di disciplinare lo status dei figli nati attraverso tale pratica, in particolare quando ciò avvenga in un ordinamento straniero che ne autorizzi lo svolgimento. Negli ordinamenti a tendenza proibizionista, in assenza di una presa di posizione a livello legislativo finalizzata a prevedere istituti o meccanismi di attribuzione della filiazione che – parafrasando le parole della Corte costituzionale italiana nella nota sentenza n. 33 del 2021 – consenta “l'ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore”, la responsabilità della decisione si è spostata quasi interamente sulle corti e, prima di queste, sulla pubblica amministrazione, secondo un andamento che ricorda il concetto di (seppur involontaria) delega del bilanciamento in concreto.

8. – Il trasferimento alle corti e all'amministrazione dell'apprezzamento di fatto della complessa rete di diritti e interessi coinvolti nel fenomeno della surrogazione di maternità spiega la ragione per la quale il dibattito italiano è, oggi, decisamente curvato sul problema del regime della filiazione. La relativa accessibilità della surrogazione all'estero – anche in Paesi non lontani dal territorio nazionale – rende il divieto uno strumento di debole dissuasione più che di prevenzione e sposta l'attenzione verso la disciplina delle conseguenze giuridiche per i genitori di intenzione e per i figli. La Corte costituzionale e la Corte di cassazione italiane hanno finora fornito una risposta articolata in due passaggi logici. Il primo è che il divieto di surrogazione di maternità rimane presidio indispensabile alla tutela della dignità della donna; il secondo è che – una volta che una coppia abbia esperito questa pratica in uno Stato ove ciò è consentito dalla legge – la situazione giuridica del minore deve ottenere la massima tutela disponibile. Pertanto, il figlio sarà riconosciuto dall'unico genitore biologico e adottato – con lo strumento dell'adozione in casi particolari – dal genitore di intenzione. Ne consegue che i genitori si trovino in una posizione giuridica diversa rispetto al figlio poiché quello di intenzione non potrà godere degli stessi diritti (con riguardo, per esempio, all'estensione del rapporto di parentela con la famiglia di origine) del genitore biologico. La soluzione prospettata dalla Consulta rappresenta, pertanto, una opzione non pienamente soddisfacente poiché lascia il minore in uno stato di potenziale instabilità affettiva e relazionale.

9. – La vicenda della maternità surrogata sollecita, dunque, una riflessione più ampia sulla decisione sui casi difficili e i diritti controversi. Lo sforzo immaginativo di elaborare soluzioni giuridiche che tengano conto degli interessi coinvolti senza rinunciare ad assumere una posizione – quale è quella contraria o favorevole alla surrogazione – che riflette la (più o meno presunta) *thick morality* di un Paese deve essere richiesto alle (e preteso dalle) sedi politiche. L'efficacia della strada della decisione politica dipende, ad ogni modo, dalla volontà di percorrere parallelamente la via del dialogo internazionale attraverso l'adozione di strumenti idonei a tutelare le famiglie e i minori. L'idea di una convenzione internazionale è ad oggi di difficile realizzazione stante l'inesistenza di un consensus persino all'interno di Stati che sono membri di organizzazioni regionali in tema di diritti umani. Il tentativo di approntare soluzioni internazionali, dunque, potrebbe esercitarsi

rispetto alla sola regolazione delle questioni di diritto internazionale privato. In ultima analisi, ciò potrebbe consentire l'emersione di standard procedurali che offrano garanzie anche a quegli stati ove la pratica è considerata vietata e lesiva della dignità della donna. Di certo, la via della discussione politica determina inevitabilmente anche l'emersione ulteriore dei latenti conflitti etico-morali che circondano il tema della maternità surrogata. Il confronto degli argomenti resta, comunque, il metodo per governare una realtà che sfugge sempre più facilmente dai modelli tradizionali e dalle regole nazionali, entrambi inefficaci in un mondo caratterizzato dalla relativa agilità di circolazione e di comunicazione sociale.

