

Audizione Silvia Albano

in videoconferenza, nell'ambito dell'esame, in referente II Commissione (Giustizia) della Camera dei deputati, delle proposte di legge C. 342 Candiani, C. 887 Varchi e C. 1026 Lupi recanti modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano

26 aprile 2023

Si sta proponendo di perseguire in Italia chi faccia ricorso alla maternità surrogata all'estero in paesi dove tale pratica non è punita dalla legge come reato.

Nelle relazioni di accompagnamento si fa riferimento a una "pratica intollerabile" "un esempio esecrabile di commercializzazione del corpo femminile e degli stessi bambini che nascono attraverso tali pratiche, trattati alla stregua di merci", viene definita un "contratto lesivo della dignità della donna", che mina la sua dignità umana perché le sue funzioni riproduttive sarebbero usate come merce. Viene presentata come un'iniziativa di contrasto allo sfruttamento di donne e bambini.

Deve in primo luogo osservarsi che in questo modo si mettono in unico calderone e lo stato italiano si propone di punire condotte in realtà molto diverse tra loro e non è sostenibile che tale pratica laddove è consentita e regolata dalla legge offenda sempre la dignità della donna e riduca il corpo femminile e i bambini a merce.

Sono rimasta stupita nel non ritrovare nel dossier preparatorio della discussione in Parlamento su questi disegni di legge un'elencazione degli stati dove questa pratica è consentita e a quali condizioni.

Si tratta di paesi membri dell'Unione Europea come il Belgio, i Paesi Bassi, il Portogallo, Cipro, la Grecia, o che lo sono stati fino a poco tempo fa, come il Regno Unito. Fuori dall'Europa parliamo di paesi come gli Stati Uniti, il Canada o Israele.

Non proprio paesi dove la tutela dei diritti umani sia più arretrata che nel nostro paese, o dove la tutela della dignità della donna e dei diritti dei bambini sia presa meno in considerazione che in Italia.

In molti contesti le donne **non** sono costrette a ricorrere alla gestazione per altri perché si trovano in situazioni di debolezza o povertà, ma decidono, in base al diritto fondamentale (questo sì) alla propria **autodeterminazione riproduttiva** di partecipare a un progetto gestazionale per altri.

Mettendo insieme tante ipotesi molto diverse tra loro, sparisce la possibilità di libera scelta delle donne, considerate un soggetto incapace di scegliere responsabilmente del proprio corpo.

Il concetto di tutela della dignità della donna è strettamente correlato all'affermazione della sua totale autonomia riproduttiva, al diritto di decidere se, come e quando dare corso al processo riproduttivo.

È il consenso e l'esercizio della libera responsabilità della donna gestante che fa la differenza e delimita il confine oltre il quale si entra nel campo del ricatto e della costrizione. E a proposito dell'interruzione del legame tra la gestante ed il bambino, a nessuno verrebbe in mente di considerare reato la condotta della madre che alla nascita dichiara di non voler essere nominata.

Bisognerebbe quindi guardare al caso concreto, alle condizioni in base alle quali tale pratica è consentita nei singoli paesi, per verificare in concreto se si tratti di una pratica effettivamente lesiva della dignità della donna e dei diritti dei bambini nati attraverso tale pratica e ciò non risulta possibile se si introduce una fattispecie di reato che punisce indiscriminatamente condotte poste in essere dove tale pratica è consentita e regolata dalla legge.

Una cosa sono quei Paesi in cui l'accesso alla maternità surrogata è consentito senza filtri e sulla base di accordi privati sostanzialmente de-regolamentati. Paesi nei quali, soprattutto se si aggiunge un elevato tasso di disoccupazione e di povertà media delle famiglie, diventa estremamente concreto il rischio che le donne siano indotte a prestarsi ad accordi di GPA dallo stato di indigenza o di bisogno in cui versano loro e le loro famiglie (si veda il caso **dell'India e della Thailandia**, in cui proprio a seguito dell'emergere di un contesto di questo tipo la legislazione in materia di GPA è stata modificata in senso restrittivo nel **2015, impedendo ai cittadini stranieri di accedervi** e in India l'anno scorso è stata introdotta una legge che permette di ricorrere alla gpa solo a titolo gratuito).

Molto diverse, però, sono le situazioni dei Paesi (alcuni dei quali, si è detto, anche all'interno dell'Unione) che prevedono la maternità surrogata regolamentandola come maternità altruistica, a titolo gratuito o con la possibilità di un rimborso non lucrativo alla madre surrogata e la gestante è titolare dell'ultima parola, ovvero può decidere fino alla fine di tenere con sé il/la bambino/a.

E ancora diversi sono i casi (ad esempio alcuni paesi degli Stati Uniti, come la California e la Florida) in cui è ammessa anche la GPA a titolo retributivo ma con una serie di limitazioni e di filtri di ordine sociale, psicologico ed economico in seguito a rigorosi

controlli qualificati, **volti a valorizzare la scelta non solo libera** (in quanto non dettata da stati di bisogno) **ma anche e soprattutto consapevole di tutte le persone che partecipano al progetto**, a cominciare dalla donatrice del gamete e dalla madre gestante surrogata.

D'altro canto non a caso è vietata la commercializzazione di organi, ma non la loro donazione ad esempio a familiari. Mentre sappiamo che in paesi poveri viene posta in essere una pratica di grave sfruttamento approfittando dello stato di povertà di chi vende i propri organi per poter sopravvivere, o è noto il traffico di essere umani al fine della commercializzazione dei loro organi. Questione che però non mi pare che venga trattata con la stessa urgenza.

Ci sono altre emergenze di cui l'Italia dovrebbe farsi carico a tutela dei diritti fondamentali delle persone.

Per giustificare questa scelta legislativa che porterebbe a punire in Italia condotte lecite nel paese dove sono state realizzate non appare, quindi, possibile ricorrere al concetto di ordine pubblico internazionale.

L'ordine pubblico internazionale è un concetto che richiama l'insieme dei principi costituzionali coordinati - per il tramite delle disposizioni che prevedono cessioni di sovranità in favore di ordinamenti sovranazionali (in particolare gli articoli 10, 11 e 117) - **con i principi e i diritti di libertà previsti dalla Convenzione europea dei diritti umani, dalla Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea e dai numerosi trattati internazionali che regolano la materia dei diritti umani e quella dei diritti umani delle donne, compresi i diritti riproduttivi. Si tratta dei principi fondamentali e indiscutibili dell'ordinamento costituzionale e sovranazionale, che come tali non potrebbero nemmeno essere violati dal legislatore ordinario.**

E abbiamo visto che non è vero che il ricorso a tale pratica sia sempre lesivo della dignità della donna e dei bambini coinvolti, non è con la criminalizzazione che si contrasteranno i rischi più riprovevoli che hanno origine nelle diseguaglianze tra donne povere e committenza ricca.

Al contrario è la stessa Unione Europea che vuole approvare **un regolamento** che anche in ossequio alla libertà di circolazione nei paesi della UE affermi **la libera e piena circolazione del riconoscimento dello status di filiazione intenzionale così come di quello biologico, volto ad armonizzare a livello dell'Unione le norme di diritto internazionale privato in materia di filiazione.**

Uno degli aspetti chiave della proposta è che la filiazione accertata in uno Stato membro dell'Unione dovrebbe essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri senza

nessuna procedura specifica, compresi gli stati di filiazione determinati dalla pratica della gestazione per altri.

L'Italia con la norma penale di cui qui si discute rischia di porsi fuori dall'Unione Europea, non credo sia sostenibile che la UE voglia sostenere invece pratiche di sfruttamento e commercializzazione del corpo delle donne e dei bambini.

Non sembra che il bene giuridico protetto sia effettivamente quello affermato nelle relazioni di accompagnamento, sembra invece che con l'introduzione di tale reato si abbia di mira la tutela della famiglia cd "tradizionale", eterosessuale dalla quale nascono figli che abbiano un legame genetico con i suoi componenti.

In ordine al concetto di famiglia e ai diritti dei suoi componenti ci sono ormai alcuni punti fermi, che oggi possiamo dare per acquisiti, quantomeno nell'elaborazione giurisprudenziale interna e sovranazionale:

1) **"il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia" e quindi del rapporto di filiazione** (Corte Costituzionale 162 del 2014 e 272/2017).

A prescindere dalla legge sull'adozione che risale ormai al 1983, la valorizzazione dei legami familiari concretamente instaurati e del preminente interesse del minore a mantenere quei legami si possono ritenere principi ormai acquisiti nel nostro ordinamento giuridico, affermati dalla corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione fin dal 1999, dove, in materia di divieto di disconoscimento di paternità del figlio nato da fecondazione eterologa, si afferma un concetto di genitorialità fondato sull'autoresponsabilità..

Il favor veritatis a presidio del rapporto di filiazione, ritenuto per lungo tempo apoditticamente coincidente con l'interesse del minore, ha avuto un ruolo importante in una determinata fase storica, ove occorreva scardinare il principio che la famiglia "legittima", fondata sul matrimonio eterosessuale, fosse intangibile ed il rapporto di filiazione al di fuori di essa non potesse godere delle stesse tutele.

Prima della riforma del diritto di famiglia del 1975, non solo i figli "naturali" non godevano dello stesso status dei figli "legittimi", ma se il padre era sposato con un'altra donna (ricordiamoci che per molti anni non c'è stato l'istituto del divorzio), non poteva riconoscere il figlio, che, quindi, non poteva vantare alcun diritto nei suoi confronti.

Siamo dovuti arrivare al 2012 per vedere parificati i diritti dei figli nati nel matrimonio a quelli nati fuori dal matrimonio.

Nel frattempo è cambiata la società ed il senso comune, nuove tecniche procreative hanno posto nuovi problemi inerenti al rapporto di filiazione e nuovi legami familiari hanno rivendicato tutele e diritti.

Sempre meno rilievo ha assunto nel diritto positivo e nella giurisprudenza il dato formale del rapporto familiare legato sul legame meramente biologico, e la famiglia ha assunto sempre di più la connotazione della prima comunità nella quale effettivamente si svolge e si sviluppa la personalità del singolo e si fonda sua identità.

2) L'esistenza del legame genitoriale deve essere accertata in concreto, sulla base degli effettivi rapporti esistenti e deve, comunque, trovare una tutela adeguata anche in assenza di un legame genetico. La famiglia da tutelare è quella fondata sugli affetti e sulla solidarietà reciproca, ove si svolge e si sviluppa la personalità del singolo.

L'affermarsi di questo principio, apparentemente semplice e di buon senso, è sostanzialmente andato di pari passo con lo smantellamento del dogma secondo il quale dare la prevalenza alla verità genetica del rapporto di filiazione significava tutelare l'interesse del minore alla sua identità.

Anche il concetto di identità personale è, così, profondamente mutato nel corso del tempo (si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 79/22 di cui parlerò più avanti).

3) Esiste un diritto fondamentale della coppia di formare una famiglia e di avere figli, come espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione (Corte Costituzionale sentenza n. 162 del 2014) e del diritto fondamentale alla vita privata e familiare (art 8 CEDU)

E' stato il **principio cardine**, insieme a quello della tutela della salute, anche psichica, della donna e della coppia, **in base al quale la Corte Costituzionale ha via via smontato l'impianto di limiti e divieti alla realizzazione della genitorialità contenuti nella legge n. 40 del 2004. Si afferma una definizione di genitorialità fondata sul consenso e sull'assunzione di responsabilità in ordine al progetto genitoriale.**

4) In tema di genitorialità è irrilevante l'orientamento sessuale dei genitori, assumendo rilievo l'effettività del consenso, della scelta di divenire genitori e della relazione genitoriale. La famiglia fondata su una coppia omosessuale deve, quindi, ricevere anch'essa tutela dall'ordinamento.

Il fatto che l'accesso all'adozione piena, cd. Legittimante, di bambini in stato di abbandono sia consentita solo a coppie unite in matrimonio è l'ostacolo che ancora si frappone alla possibilità per le coppie omosessuali di accedere a questo istituto, con

l'unica possibilità, per realizzare un legittimo progetto di genitorialità, di fare ricorso alle pratiche di procreazione medicalmente assistita ed alla maternità surrogata.

Nemmeno la legge sulle unioni civili ha preso posizione sull'adozione da parte delle coppie omosessuali, lasciando ai giudici un compito arduo in ordine alla tutela dei diritti delle famiglie così formate.

Hanno iniziato i giudici di merito, c'è stato l'avallo della Corte di Cassazione e, per finire, della stessa Corte Costituzionale, che, con la sentenza 272/2017, ha dato un avallo pieno alla cd stepchild adoption attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari, di cui all'art 44 L. 184/83, idoneo, secondo la Corte, a consentire "la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato" ed in grado di garantire al minore "una adeguata tutela" (ma si sta ancora parlando di casi in cui almeno uno dei genitori ha un legame genetico con il figlio). Il figlio adottato dal genitore intenzionale non entrava, però, a far giuridicamente parte della famiglia dell'adottante.

Oggi, in seguito alla sentenza n. 79/2022 della Corte costituzionale anche l'adozione del minore in casi particolari (artt. 44 ss. L. 184/1983) produce effetti "pieni", fa nascere relazioni giuridiche di parentela con i familiari degli adottanti. Al pari dell'adozione "ordinaria" del minore (artt. 6 ss. L. n. 184/1983), non si limita a costituire il rapporto di filiazione con l'adottante (o con gli adottanti) ma fa entrare l'adottato nella famiglia dell'adottante. **L'adozione del minore produce in ogni caso effetti omogenei, indipendentemente dalle forme in cui viene costituita.** Si tratta in ogni caso di effetti "pieni" ("legittimanti", si sarebbe detto una volta): l'adottato acquista lo stato di figlio dell'adottante. **Le differenze tra adozione "ordinaria" e "semplice" del minore non riguardano più il tipo di rapporto che scaturisce dal provvedimento giudiziale, riguardano invece le condizioni per accedervi.** In questo caso si tratta pur sempre di casi di adozione del figlio del partner, situazioni in cui uno dei due genitori è il genitore biologico.

La Corte Costituzionale è intervenuta proprio in un caso in cui l'adozione in casi particolari aveva riguardato il figlio di una coppia omosessuale che aveva avuto il figlio facendo ricorso all'estero all'istituto della gestazione per altri.

Ha affermato che «la norma censurata priva ... il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, **in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari**, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni". Nello stesso tempo "la disciplina censurata lede il

minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità».

La Corte Costituzionale afferma chiaramente che non è lecito ormai fare riferimento al concetto di famiglia – come tale meritevole di tutela – fondato su una coppia eterosessuale, possibilmente unita in matrimonio, con figli che siano il prodotto genetico di tale unione e che non può ritenersi consentita nel nostro ordinamento la discriminazione dei figli in base alla modalità procreativa con la quale sono venuti al mondo.

Peraltro la proposta di regolamento UE sarebbe volta a fornire una tutela piena al minore, perché la trascrizione dell'atto di nascita è automatica, non dipende dalla scelta degli adulti se adottare o meno, con la conseguenza che se nel frattempo vi fosse ad esempio una crisi nella coppia, il genitore di intenzione potrebbe decidere di non fare domanda di adozione e il bambino si troverebbe con un genitore di meno. Senza contare che la possibilità per questi bambini di avere due genitori dipenderebbe da un provvedimento discrezionale di un giudice.

A fronte di ciò, quali potrebbero essere, invece, le conseguenze, anche sul piano simbolico, di un reato così configurato? ricadrebbero inevitabilmente su chi nasce e anche sulla donna che si presta alla gestazione per altri, cui verrà addossato il peso di **un reato che il diritto internazionale contemporaneo riserva a condotte criminali, talmente gravi da destare preoccupazioni “universali”?** Quale sarà il destino della **famiglia costituita grazie alla pratica della gestazione per altri, potrà ancora ricevere tutela dal nostro ordinamento?** E quale sarà il destino di quei figli?

Soprattutto, possiamo pensare che sia consentito dal nostro ordinamento che queste **famiglie non abbiano cittadinanza in quanto perseguite penalmente e siano di fatto costrette all'esilio, a non fare più nemmeno ingresso nel proprio paese pena la condanna penale?** Sulla base di principi, peraltro, che sono tutt'altro che universalmente accettati.

La CEDU è intervenuta più volte sull'argomento dei diritti dei bambini e delle famiglie nate dalle pratiche di maternità surrogata in paesi, come la Francia, dove tale pratica è vietata. La Corte non è entrata nel merito della discrezionalità del legislatore francese di vietare il ricorso a tali tecniche di procreazione, sul quale non c'era peraltro adeguato consenso tra gli stati aderenti alla convenzione, ma ha fatto riferimento al prevalente interesse del minore a vedere riconosciuti i legami familiari concretamente instaurati e consolidati nel tempo, legami che avevano concorso a

costruire l'identità dei minori coinvolti (v. le sentenze gemelle Menesson c/ Francia del 26.6.2014 e Labassee c/ Francia, in pari data).

Nel parere preventivo del 10 aprile del 2019, reso ai sensi del protocollo 16 alla CEDU, la Corte EDU prende in considerazione una situazione in tutto e per tutto analoga, ed **afferma che l'art 8 della CEDU richiede che la legislazione nazionale preveda la possibilità di riconoscere una relazione genitore-figlio con la madre intenzionale designata nel certificato di nascita formato all'estero, ma afferma che ciò non necessariamente deve essere realizzato attraverso la trascrizione dell'atto di nascita estero, ma anche attraverso altri strumenti legali, quali l'adozione, purchè producano effetti del tutto simili a quelli prodotti dal riconoscimento e sia assicurata una procedura tempestiva ed efficace.**

La previsione di un "reato universale" non pare compatibile con il rispetto dell'art 8 CEDU così come declinato dalla giurisprudenza della Corte EDU.