

**Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei deputati**  
Progetti di legge C. 342 Candiani, C. 887 Varchi, C. 1026 Lupi  
in tema di maternità surrogata realizzata all'estero

Michele Ainis - 3 maggio 2023

- Qualche osservazione davvero rapida. Del resto la Commissione ha svolto molte audizioni, ha acquisito molti materiali. Da parte mia proverò a mettere in fila i valori costituzionali in gioco, cercando in conclusione un possibile bilanciamento, secondo la lezione di Carl Schmitt: se un valore schiaccia tutti gli altri, s'apre la strada alla "tirannia dei valori". Dunque nessun valore può mai essere interamente sacrificato, anche se i valori costituzionali non hanno tutti il medesimo peso. E sulla punibilità della surrogazione di maternità consumata all'estero i valori costituzionali sono almeno quattro.
- Primo: *l'interesse del minore*. La Repubblica «protegge l'infanzia», dice l'art. 31 Cost. E si tratta, con ogni evidenza, di un valore prioritario, che trova conferma sia nella giurisprudenza costituzionale, sia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Qui il punto concerne la trascrizione dell'atto di nascita del minore generato mediante maternità surrogata: già oggi problematica, e assolutamente esclusa ove il fatto diventi reato, come prevedono le proposte di legge all'esame della Camera. Generando perciò una discriminazione che colpisce i figli, non i genitori.
- Secondo: *la tutela della famiglia*. «Società naturale fondata sul matrimonio», dice l'art. 29 Cost. Ma la Costituzione la nomina senza definirla. Saggiamente, dato che quel concetto s'evolve insieme ai costumi. Un tempo era una famiglia patriarcale, con nonni e nipoti seduti vicino al caminetto. Poi è diventata una famiglia nucleare, oppure formata dal nipote e dallo zio. D'altronde pure il matrimonio viene citato ma non disciplinato. Mentre il matrimonio egualitario fra coppie omosessuali è già riconosciuto in 19 Stati europei. Tuttavia è importante osservare che la Costituzione non enuncia un diritto ad avere dei figli purchessia. Stabilisce viceversa una somma di doveri in capo ai genitori: «mantenere, istruire ed educare i figli»: art. 30 Cost.
- Terzo (o forse primo): *la dignità umana*. In questo caso la dignità della gestante, che presta il proprio corpo (normalmente in cambio di denaro) per concepire il figlio altrui. Ora, nella Costituzione italiana manca una norma esplicita come nel primo articolo della Grundgesetz tedesca, ma la dignità viene richiamata in tre disposizioni costituzionali, e in dottrina e nella giurisprudenza viene anzi qualificata come un valore supercostituzionale, come una sorta di cerniera fra tutti gli altri valori. Più specificamente, la Consulta ha affermato che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenza n. 33 del 2021).

- Quarto: *i principi costituzionali in materia penale*. Da un lato, il divieto di abusare della leva penale, oltretutto in un ordinamento come il nostro, dove convivono 35 mila fattispecie di reato: vi si riferiscono, fra le altre, le sentenze costituzionali 409 e 487 del 1989, 447 del 1998. Dall'altro lato, la consapevolezza della perseguibilità penale della condotta, richiamata nella "storica" sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, a proposito dell'*ignorantia iuris*; un elemento che potrebbe mancare quando il fatto si consumi all'estero, in un ordinamento che autorizzi la maternità surrogata (sono una ventina gli Stati che l'ammettono). Infine il principio di tassatività delle fattispecie penali (art. 25 Cost.), che mi parrebbe violato quantomeno nell'*incipit* della proposta di legge 342 («Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico internazionale di bambini»: affermazione generica e indeterminata); e che soffre inoltre della mancata indicazione, in tutte le proposte di legge, del concetto di maternità surrogata, dato che non viene chiarito se il divieto penale si applichi anche alla maternità surrogata praticata all'estero a titolo gratuito, oltre che a quella a titolo oneroso.
- Conclusioni: serve una legge, per operare un bilanciamento fra questi valori contrapposti? Sì, la legge è necessaria, perché c'è un vuoto normativo denunciato anche dalla Corte costituzionale (sempre nella sentenza n. 33 del 2021, dove si sottolinea «l'urgenza» di un intervento del legislatore); perché in quel vuoto nuotano pronunzie giurisprudenziali contrastanti, determinando una situazione di incertezza normativa; e perché la soluzione provvisoriamente individuata dalle sezioni unite civili della Cassazione (sent. 12193 del 2019 e 38162 del 2022), ossia l'«adozione in casi particolari» (art. 44 l. 184/1983), non è soddisfacente.
- Ma: *quale legge?* Quale bilanciamento tra i valori? Io credo che una soluzione bilanciata sia di punire i genitori, non i figli. Loro non hanno colpe, non possono e non devono subire discriminazioni rispetto ai bambini nati da una famiglia, per così dire, regolare. Quindi d'accordo sulle sanzioni penali, anche se la gravidanza per terzi si consumi all'estero. Certo, c'è il problema della "doppia incriminazione", che mancherebbe quando il fatto si consumi in uno Stato che permette la gravidanza per terzi. Ma non è che se in Australia il cannibalismo fosse lecito, allora ogni italiano potrebbe tranquillamente andarci in gita culinaria. E del resto la valenza generale del principio della doppia incriminazione rimane controversa nella stessa giurisprudenza.
- Ma occorre aggiungere la possibilità di *trascrivere il certificato di nascita*. Perché l'adozione in casi particolari ha un *iter*, diciamo così, faticoso; per essere accettabile nel caso di specie andrebbe semplificata e velocizzata, con un intervento legislativo di riforma. Ma pure in questa prospettiva permarrrebbe comunque una discriminazione tra figli legittimi e adottati; come ha osservato la Consulta (sempre nella sentenza 33/2021), l'adozione in casi particolari realizza una forma di tutela «certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali», perché non attribuisce la genitorialità all'adottante e perché rimane subordinata all'assenso del genitore biologico, che potrebbe far difetto se la coppia va in crisi. Dunque la via maestra, a mio avviso, è quella di rendere possibile la trascrizione per legge, magari profittando del veicolo normativo in discussione ora alla Camera.