

Prof. Avv. Giuseppina Maria Patrizia Surace
Giudice onorario del Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria

Maternità surrogata e 'maternità responsabile': un binomio inscindibile per la crescita armoniosa dei minori.

Brevi rilievi sulle pronunce CEDU -Sez. V, 26.06.2014, n. 65941/11 e 65192/11- e ricadute applicative nel contesto giudiziario italiano.

§ 1. Il caso

Il caso riguarda due ricorsi promossi contro lo Stato della Francia e presentati innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione E.D.U. Alle due coppie ricorrenti¹ è stato negato il rapporto legale tra genitori e figli, ossia quel rapporto di filiazione derivato da accordi di maternità surrogata, riconosciuto e garantito invece negli Stati Uniti.

A cagione di problematiche irreversibili di infertilità, le due coppie si sottoponevano ad un trattamento di maternità surrogata negli USA², accordo tuttavia punito come reato in territorio d'oltralpe³. Diversamente, le sentenze emesse negli Stati della California e del Minnesota acclaravano il rapporto di filiazione, riconoscendo i coniugi ricorrenti quali genitori dei figli nati dall'accordo di maternità surrogata.

Invocando l'art. 8 della C.E.D.U. (diritto al rispetto della vita privata e familiare), le coppie ricorrenti lamentavano il mancato riconoscimento in Francia del rapporto di filiazione, legalmente riconosciuto all'estero, profilando -in uno dei due ricorsi- ulteriori aspetti discriminatori, ex art. 14 C.E.D.U., in riferimento alla concreta violazione del diritto al rispetto della vita familiare.

§ 2. La decisione della Corte Europea

La Corte Europea adita ha evidenziato come l'art. 8 riguardi tanto la dimensione familiare quanto quella privata: le coppie hanno accudito i bambini come genitori e la loro vita, secondo la quotidianità ordinaria dell'esistere, è da ritenersi a tutti gli effetti vita familiare. Tale ultimo aspetto è inscindibilmente connesso al diritto all'identità, in quanto parte essenziale della vita privata, la cui esplicazione passa per il riconoscimento legale del rapporto privato e familiare dei bambini nati dal

¹ Trattasi di due coppie di coniugi francesi che avevano dato alla luce rispettivamente due gemelli ed un figlio, mediante pratiche di maternità surrogata, regolarmente considerati come figli legittimi in due stati degli USA. Le due coppie non avevano ottenuto la trascrizione del rapporto di filiazione in Francia -in un caso attestata da un atto di notorietà che acclarava la relazione di fatto assimilabile a quella legittima-.

² Gli embrioni, prodotti utilizzando lo sperma dei rispettivi mariti, sono stati impiantati in entrambi i casi nell'utero di un'altra donna.

³ Tanto vero che la Corte di Cassazione francese, con sentenza del 6 aprile 2011, assumeva l'invalidità della registrazione di tale filiazione nello stato francese, giacché sottostante ad un contratto nullo (quello di maternità surrogata) e contrario a motivi di ordine pubblico. La pronuncia, tuttavia, escludeva che vi fosse stata violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare in quanto il mancato riconoscimento non privò i bambini del diritto alla relazione tra madre e padre, né impedì la convivenza con i rispettivi genitori.

trattamento di maternità surrogata. In questa ottica l'art. 8 della Convenzione assolve al duplice compito della tutela della salute e della salvaguardia dei diritti e delle libertà altrui.

Ma non basta. Con riguardo alla valutazione dei confini di apprezzamento lasciati agli Stati membri, fermo restando che le decisioni in ordine alla maternità surrogata -dalle evidenti implicazioni etiche e per di più in assenza di omogeneità legislativa nel territorio europeo- necessitano di un ampio margine discrezionale attribuito ai singoli Stati, è certo che qualora ci si occupi di rapporti di parentela implicanti l'identità dei figli minori, gli interessi ad essi correlati debbano prevalere su quelli dello Stato cui i soggetti appartengono.

In breve, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione da parte della Francia ha minato l'identità di questi bambini all'interno della società francese, con ripercussioni anche sul piano ereditario e ciò pure in assenza del rischio di un allontanamento degli stessi dalla coppia.

In uno dei due casi in esame il padre è anche biologico, di talché la stessa parentela biologica è stata grandemente minata dall'impedimento del riconoscimento figliare, con la conseguente compressione o violazione del principio di identità, sotto il profilo della vita privata e familiare.

Altrimenti detto, ancorché il margine di apprezzamento concesso agli Stati su temi eticamente sensibili rimane sostanzialmente ampio -specie in presenza di una disomogeneità legislativa tra i Paesi del Consiglio d'Europa, come nel caso della prevalente negazione della pratica di maternità surrogata a vantaggio della tutela della filiazione *stricto sensu*-, laddove esso intacchi l'interesse superiore dei minori, ovvero il diritto alla loro identità secondo la prospettiva del riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori, è sicuro che questo comporti una violazione dell'art. 8 C.E.D.U.

§ 3. Il contesto italiano

Calando la decisione in commento nella realtà italiana, per chiarezza descrittiva, è opportuno partire dalla definizione di maternità surrogata. Per il Tribunale di Monza⁴, che per primo si è occupato della questione, la maternità surrogata consiste nell'accordo con il quale *“una donna si impegna a ricevere l'embrione di una coppia sterile, al fine di farlo sviluppare e, dopo il parto, riconsegnarlo alla coppia committente, la quale assumerà tutti i diritti e i doveri propri dei genitori senza nessuna ingerenza da parte della madre sostituta”*⁵.

La giurisprudenza italiana ha già assunto una posizione valoriale 'forte', a tutela dei minori, con riguardo alla riconoscibilità della sentenza straniera che attesti la relazione di filiazione tra la coppia dei committenti ed il figlio nato dal contratto di maternità surrogata, allorquando l'accordo sia stato precedente alla legge. 40/2004.

⁴ Tribunale di Monza 27.10.1989, "Giurisprudenza civile commentata", I, 1990, p. 357.

⁵ Dunque per surroga di maternità si intende il contratto con il quale una donna (madre surrogata) porta in gestazione un bambino per conto di un'altra donna (madre committente), con l'impegno della prima a consegnarlo appena nato. L'embrione impiantato nella madre surrogata può derivare da fecondazione (omologa o eterologa) dell'ovocita della committente (in tal caso si parla di «utero in affitto» o contratto di maternità per sola gestazione), ma non è escluso che l'ovocita fecondato appartenga alla surrogata (contratto di maternità per concepimento e gestazione) o addirittura ad una terza donna.

La nota sentenza della Corte di Appello di Bari, del 13 febbraio 2009 (Sez. Civ. Fam., Pres. Iacovone)⁶, ha infatti stabilito che *“non è contraria all’ordine pubblico internazionale ed è pertanto riconoscibile la sentenza straniera che dichiara il nato a seguito di un contratto di maternità surrogata, concluso in epoca in cui non era vietata in Italia la surrogazione di maternità, figlio della madre committente”*. Nella specie, la Corte d’Appello ha riconosciuto i provvedimenti dei parental order⁷, relativi ad un contratto gratuito di maternità per concepimento e gestazione, in forza del quale erano nati due minori aventi cittadinanza inglese, giacché gli effetti da essi prodotti non possono ritenersi contrari all’ordine pubblico internazionale⁸. Invero, prosegue la Corte di merito, il punto nodale è quello della verifica della compatibilità con l’ordine pubblico, da effettuarsi ai sensi dell’art. 16 della l. n. 218/1995, richiamato dagli artt. 64 e 65 della medesima legge⁹.

Ma quale ordine pubblico è stato considerato? Interno o internazionale? Orbene, la giurisprudenza, da tempo, ha accolto un concetto ‘concreto e relativo’¹⁰ di ordine pubblico, ovvero al fine della delibazione di una sentenza resa dal giudice straniero, l’indagine sulla contrarietà o meno all’ordine pubblico italiano, implica una valutazione delle ragioni della decisione con criteri diversi a seconda che essa riguardi cittadini italiani ovvero sia stata emessa soltanto fra stranieri: nel primo caso, l’ordine pubblico è quello interno; nel secondo caso, invece, deve considerarsi quello internazionale, ossia risultante dai principi comuni a tutte le nazioni ed inteso alla salvaguardia dei diritti fondamentali dell’uomo¹¹.

Così discettando, il Giudice di secondo grado ha ritenuto di dover far riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale, di talché *“il solo fatto che la legislazione italiana vieta, oggi(ma non quando i minori sono nati), la tecnica della maternità surrogata, ed il sol fatto che essa è ispirata al principio(tra l’altro, tendenziale, e, in taluni casi, derogabile, per quel che si è detto), della prevalenza della maternità “biologica” su quella “sociale”, non sono, di per sé, indici di contrarietà all’ordine pubblico internazionale”*.

Emblematica e pienamente condivisibile dunque la scelta ermeneutica della Corte distrettuale: il divieto della tecnica di maternità surrogata, non ancora vigente all’epoca della nascita dei bambini, ispirato al principio di prevalenza della maternità “biologica” su quella “sociale”, non costituisce *sic et simpliciter* contrarietà del provvedimento all’ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni di altri Stati europei che prevedono deroghe a tale principio ed alla necessità di salvaguardare l’interesse superiore dei minori.

⁶ In *Guida al Diritto*, n. 5, 2009, pag. 50 ss.

⁷ Provvedimenti giurisdizionali emessi nel Regno Unito per finalità di tutela familiare,

⁸ In breve il Giudice di seconde cure ha considerato rilevante tanto l’ammissione da parte di alcuni stati dell’Unione Europea della surrogazione di maternità -non collidendo questa con le esigenze, comuni ai diversi ordinamenti, di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo-, quanto il principio generale dell’interesse superiore dei minori, che, *sub specie*, è quello di vedere riconosciute le sentenze straniere che ne dichiarino la filiazione alla madre committente. Il ragionamento logico giuridico parte anche dall’assunto che il caso in esame è ben diverso da quello del 1989, giacché in quest’ultimo non è stato né previsto, né erogato alcun corrispettivo alla madre “sostituta”.

⁹ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 10 ottobre 2003, n. 14545.

¹⁰ In questo senso la Corte d’appello evidenzia come la valutazione del caso debba farsi carico degli effetti che “in concreto”, e non già “in astratto”, spiegherebbero, nel nostro ordinamento, i due provvedimenti stranieri di cui qui si chiede il riconoscimento, valutati, comparativamente, con gli effetti derivanti dal rigetto della domanda attea.

¹¹ *Id est*, Cass. civ., 14 gennaio 1982, n. 228.

Quanto espresso, infatti, vale ancor più se si pone mente al caso in esame, ove il giudice è stato chiamato a valutare una *“situazione giuridica acquisita all'estero in conformità della legge locale (Regno Unito) e protrattasi per oltre 10 anni, poiché in tali ipotesi - dovendosi valutare gli effetti e le ricadute concrete del riconoscimento, o del suo diniego - diviene evidente, per il gravissimo pregiudizio che altrimenti i bambini subirebbero, l'esigenza di dare loro certezza formale in Italia circa il proprio status di figli della madre surrogata, in modo da evitare la paradossale situazione per cui gli stessi risultino, sul piano formale, figli di madri diverse nel Regno Unito ed in Italia”*.

Ebbene, quanto chiarito dal Giudice di seconde cure, sia pure in riferimento ad un caso di maternità surrogata il cui accordo è stato precedente all'entrata in vigore della legge 40, vale oggi, *in toto*, sotto il profilo superiore di tutela dell'art. 8 C.E.D.U., ovvero sul versante del diritto alla identità dei minori secondo la prospettiva del riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori, di talché il nostro ordinamento¹² -benché le numerose falcidie alla legge n. 40 del 2004 non abbiano preso posizione in ordine alla liceità o meno della surrogazione di utero attuata all'estero da cittadini italiani- dovrà inevitabilmente fare i conti con le sanzioni da parte del Giudice Europeo¹³.

§ 4. Il criterio 'trasversale' di maternità responsabile.

Volendo compendiare quanto sinora esplicitato sul piano del dibattito bioetico, appare indispensabile ritenere che la complessità delle dinamiche sociali, e tra esse un evento riproduttivo, richiede una attenta valutazione, lontana da schemi interpretativi rigidi e prestabiliti, che, pur nel rispetto dei principi tradizionali, riconosca bisogni personali diversificati e mutevoli con l'evolversi della tecnologia. In breve, in una società in continua evoluzione nella quale vige il principio dell'autorealizzazione individuale, deve riconoscersi, quale diritto fondamentale della persona, il diritto a diventare genitori, ovvero il diritto di valutare e decidere le scelte in relazione al bisogno di procreare, estendendo lo *status* genitoriale attraverso l'istituto dell'adozione, oppure mediante la trasmissione del proprio patrimonio genetico attraverso tecniche di maternità surrogata.

Quanto a cagione di gravi patologie (come nel caso del 2009) la donna che vuole il bambino non possa affrontare la gravidanza, si ricorre alla cosiddetta *“locazione d'utero”*: l'embrione, ottenuto, quindi, in laboratorio con i gameti dei richiedenti, verrà successivamente trasferito nell'utero della donna disponibile alla gestazione. Si comprende bene che tale forma di *‘maternità di sostituzione’* determina un profondo mutamento nella dimensione antropologica e culturale della genitorialità, cioè una sorta di destrutturazione della identità materna od ancora una scissione tra la genitorialità biologica (appartenente alla coppia donatrice) e quella surrogata.

¹² Si rimanda alle numerose sentenze della Corte Costituzionale che in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, hanno delineato la natura delle norme CEDU e la loro posizione tra le fonti interne (tra le ultime 348 e 349/2007).

¹³ Con riguardo al contrasto tra norma interna e C.E.D.U., ove esso non sia superabile in via interpretativa da parte del giudice penale, dovrà sollevarsi questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117 Cost. Il contrasto tra norma interna e norma C.E.D.U. non può quindi essere risolto dal giudice penale disapplicando la norma interna contrastante con la C.E.D.U., come invece accade in caso di contrasto tra norma interna e diritto europeo.

È altresì nota l'opinione, *de iure condendo*, per la quale colei che partorisce un bambino dalla fecondazione di un ovulo di un'altra donna non è geneticamente madre del nato, qualificandosi solo, come colei che, portando nel proprio grembo l'embrione ne ha determinato la nascita, madre gestante o portante, considerata dal nostro ordinamento, peraltro, madre giuridica.

Tuttavia, *de iure condito*, al di là dell'identità genetica e del ruolo ritenuto 'intercambiabile' dalla c.d. madre uterina, non può prescindersi, da un canto, dall'attuale disciplina penalistica in tema di stato e di divieto di maternità surrogata¹⁴, dall'altro -e soprattutto- dalla necessità di riformulare l'ottica valutativa, non tanto su 'chi sia la madre' sul piano scientifico -e ciò perché entrambe le donne hanno una connessione biologica con il figlio- quanto su chi sia la persona che si deve prendere cura del neonato e debba ritenersi socialmente responsabile.

Si introduce nell'orizzonte dialogico e giudiziario un concetto più ampio, svincolato dal legame tradizionale tra maternità giuridica e il rapporto biologico, che rimanda al principio di 'maternità responsabile'. Questo ultimo soddisfa le istanze di crescita funzionale ed armonica del minore, ma implica anche un collegamento con la madre gestante, o meglio una sua partecipazione alla vita del bambino. Proprio per questo motivo la giurisprudenza ritiene inaccettabile l'accordo con il quale la madre surrogata abbia rinunciato al bambino, con un monito interpretativo -assolutamente condivisibile- secondo cui deve ribadirsi la necessità metodologica di vagliare ogni situazione, cogliendone singolarità e complessità, attraverso quel bilanciamento di interessi, riguardoso dei bisogni superiori dei minori, delle vicende umane e dei valori fondanti la persona, foriero di scelte ponderate e socialmente eque.

¹⁴ La violazione del divieto di surrogazione di maternità (compiuta in Italia), previsto dalla legge n.40/2004 all'art.12 comma 6, comporta la sanzione penale della reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 600.000 a un milione di euro. L'ordinamento italiano, invece, non prevede alcuna disposizione legislativa che configuri come ipotesi di reato la maternità surrogata compiuta all'estero. Questo vuoto normativo ha determinato una situazione di incertezza interpretativa ed applicativa. Ed infatti, in caso di richiesta da parte dei genitori italiani di trascrizione nel registro degli atti civili dell'atto di nascita di un bambino nato in esito ad un contratto di maternità surrogata stipulato all'estero, la giurisprudenza di merito ha assunto posizioni discordanti: in alcune sentenze la coppia committente è stata assolta in quanto si è ritenuto che l'atto di nascita fosse stato regolarmente formato nel paese estero di emissione, non configurandosi così alcuna ipotesi di reato; in altre pronunce, invece, la coppia è stata condannata in quanto l'atto di nascita, benché legittimo per lo Stato di emissione, non poteva ritenersi tale per la legge italiana. Le prospettazioni accusatorie contestate, invero, oscillano tra la fattispecie di alterazione di stato ai sensi dell'art. 567 comma 2 c.p., punito con la reclusione da 5 ai 15 anni, ovvero quella di false dichiarazioni a pubblico ufficiale ai sensi dell'art.495 comma 2 c.p., (in tal senso, per ultimo, GIP Milano, sentenza 8 aprile 2014).