

GPA O SURROGAZIONE DI MATERINITÀ CONSIDERAZIONE SUI

PDL CARFAGNA (N 2599/20) PDL MELONI(N 306/20)

AUDIZIONE ALLA CAMERA DEI DEPUTATI DEL PROF. AVV. GIANNI BALDINI

22 NOVEMBRE 2021

SOMMARIO: 1.PREMESSA 2. INQUADRAMENTO DELLA GPA 3. L'ESIGENZA DI UNA REGOLAMENTAZIONE CHE VADA OLTRE IL MERO DIVIETO

1.PREMESSA

La gestazione per conto d'altri (GPA) è un fenomeno complesso frutto dell'evoluzione biotecnologica e delle sue applicazioni nell'ambito dei fenomeni di inizio vita e segnatamente della riproduzione umana medicalmente assistita

In questa fattispecie tecnologica sorta per superare problemi di radicale infertilità della donna (affetta da endometriosi , priva di utero, etc) convergono molteplici profili di rilevanza etico-giuridica. Invero essa risulta crocevia di delicati e controversi interessi meritevoli di tutela e non che attengono a diritti fondamentali della persona e che in dipendenza della regolamentazione apprestata ovvero dell'assenza di regolamentazione puntuale anche nella logica di un mero divieto, possono esitare in gravi violazione di diritti dei vari soggetti coinvolti

1. INQUADRAMENTO DELLA GPA

La GPA si colloca nell'ambito delle tecniche di Procreazione Medicalmente Assista ovvero di quei procedimenti medico strumentali volti al concepimento di un essere umano (in presenza di una condizione di sterilità /infertilità ovvero di impossibilità fisiologica di procreare naturalmente) mediante l'utilizzo di materiale genetico proprio (tecniche omologhe) o altrui (tecniche eterologhe) declinandosi in questo caso in un possibile doppio apporto esterno: di carattere genetico (ovocita) e/o biologico (gestazione) . Si tratta dunque di un fenomeno di **'collaborazione**

procreativa” tra donne ovvero tra una coppia omosex e la madre portatrice, diretta a superare una condizione di sterilità/infertilità o una impossibilità di procreare naturalmente. In altri termini il contributo biologico (c.d. locazione di utero) e/o biologico/genetico (surrogazione di maternità) consente di realizzare l'altrui progetto genitoriale. La volontà/consenso informato dei c.d. genitori d'intenzione costituisce dunque l'elemento causativo della vicenda e individua i soggetti cui deve essere imputata la responsabilità sociale e morale riguardo alle conseguenze della nascita con ogni implicazione sul piano giuridico.

A ben guardare la fattispecie in esame risulta inquadrabile nell'ambito del *genus* della **'donazione di organi, cellule, tessuti, funzioni biologiche'** ampiamente riconosciuta e regolata da tutti gli ordinamenti giuridici dei paesi occidentali.

L'eventualità della **onerosità** della prestazione costituisce un dato che non è strutturale del fenomeno potendosi avere anche ipotesi di GPA altruistica . In tal senso la maggior parte dei paesi che disciplina il fenomeno ammette espressamente la GPA nella forma gratuita (In EU: cfr Grecia, Belgio, Gran Bretagna, Paesi Bassi, Danimarca, etc; nel mondo: Australia, Israele, Canada, alcuni Stati USA, etc), mentre una minoranza l'ammette anche in forma retribuita (Russia, Ucraina, Biellorussia, alcuni stati USA) ,

2. L'ESIGENZA DI UNA REGOLAMENTAZIONE CHE VADA OLTRE IL MERO DIVIETO

Come per qualsiasi forma di donazione degli organi *inter vivos* più che **vietare sic et simpliciter** un fenomeno che corrisponde ad una esigenza insopprimibile e ad interessi sicuramente meritevoli di tutela (costituire una famiglia e diventare genitori in presenza di una impossibilità naturale a diventarlo non altrimenti superabile con terapie specifiche ovvero un impedimento fisiologico) sul presupposto del rischio di commercializzazione (ben noto è il fenomeno del c.d. 'traffico di organi' tra paesi in via di sviluppo e paesi occidentali dietro pagamento di un compenso sul presupposto dello stato di bisogno economico dei donatori), risulta preferibile **regolarlo puntualmente**. Attesa la complessità del fenomeno e le sue possibili declinazioni, l'opzione regolatoria risulta in tal senso più

efficiente ed efficace. Ciò anche in considerazione di due dati inequivoci che rendono ‘inutile’ il divieto:

1. La **libertà di circolazione** dei cittadini (pressochè totale nello spazio comune della UE) spingerà i cittadini provenienti da stati in cui vige un divieto generalizzato ad altri paesi nei quali la tecnica è consentita senza che le autorità nazionali possano in nessun mondo impedirlo. Ciò spesso avverrà sulla base delle condizioni economiche di ciascuno con evidenti effetti discriminatori tra chi può permetterselo e chi no come è avvenuto nel periodo di vigenza delle originarie restrizioni previste dalla legge 40/04 prima degli interventi della Corte Costituzionale.

2. **I figli che nascono** a seguito di tali tecniche all'estero non hanno nessuna colpa riguardo alla ‘condotta dei genitori’ e devono essere tutelati con specifiche norme che ne garantiscano pari diritti nei confronti dei genitori e della famiglia di questi senza alcuna discriminazione rispetto ai propri omologhi nati da procreazione naturale. Su tale secondo aspetto si è pronunciata la Corte Cost con due sentenze la 32 e 33 del 2021 che evidenziano espressamente come pur rimanendo nella discrezionalità del legislatore la scelta dell'opzione regolatoria migliore questo non potrà esimersi dal realizzare in primis il fondamentale **diritto alla bigenitorialità** del minore assicurandone la prevalenza anche rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti. In tal senso precisa la Corte come : *“nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”»*

3. IL PDL CARFAGNA E MELONI: CRITICHE

I Pdl Meloni e Carfagna oggi in discussione, risultano espressione del primo orientamento (quello della mera proibizione), preoccupandosi unicamente di sanzionare penalmente la condotta dei genitori che effettuano la GPA all'estero con una dubbia integrazione dell'art 12 L. 40/04 con una disposizione che amplierebbe la punibilità all'estero della condotta tenuta dei cittadini italiani ex art 7 c.p. senza però considerare la presenza della condizione di reciprocità prevista all'art 9 c.p.

Non c'è chi non veda come si tratti di una misura riduttiva e semplificatoria di un fenomeno complesso che preoccupandosi unicamente di punire i genitori ...tralascia ogni forma di tutela e garanzia sacrificando gli interessi che la Consulta indica debbano essere prioritariamente tutelati: quelli dei figli.

In proposito ci si limita, esemplificatoriamente, ai seguenti rilievi :

Rinviando ad altra sede la valutazione circa la possibile applicazione del combinato disposto tra artt 7 e 9 c.p. a una siffatta fattispecie che implica un bilanciamento tra interessi fondamentali della persona (in sintesi: costituire una famiglia, divenire genitori/tutelare la dignità umana contro i rischi di commercializzazione del corpo della donna) ci si chiede quale sia l'effetto di una siffatta previsione sullo status dei figli nati anche sotto il profilo pratico. Evidente il mero effetto di deterrente della norma che per altro verso rischierebbe di essere gravemente pregiudizievole per gli interessi del nato esposto unicamente agli effetti della censura della condotta dei genitori sanzionata penalmente.

In secondo luogo, pur nel rispetto della discrezionalità del legislatore riguardo ad una prospettiva solo terapeutica della metodica (rimedio per superare l'infertilità di coppia) e non anche come strumento di libertà che consenta al soggetto di soddisfare l'esigenza di divenire genitore e formare una famiglia (si pensi al single , alla coppia omosex), la mancata distinzione tra una ipotesi di **GPA per fini commerciali** da quella meramente **solidaristica** deve ritenersi illogica e contraria ad elementari logiche di ragionevolezza. Sarebbe come vietare l'espanto degli organi tra vivi *tout court*...stante il pericolo di sua commercializzazione! Infatti una fattispecie di GPA solidale con i connessi corollari di: volontarietà, non vincolatività, consenso informato, specifica condizione personale/patrimoniale della gestante come condizione di ammissibilità, gratuità della prestazione ,risulta ben diversa dall'ipotesi in cui accanto all'onerosità della prestazione vengano previsti per contratto una serie di obblighi personali e patrimoniali per la gestante e nessuna limitazione soggettiva per la stessa.

Infine, ma non certo per ultimo, l'assenza di norme di garanzia e tutela dei figli che pure nascono all'estro con le tecniche di GPA e a cui non potranno essere certo estese le disposizioni che regolano la genitorialità naturale (a

partire dall'art 269 c.c. secondo il quale “Madre è colei che partorisce”). Dunque i figli nati per effetto del ‘delitto’ commesso dai genitori dovrebbero forse essere dichiarati in stato di adottabilità? Quale rapporto giuridico si dovrebbe instaurare con il genitore biologico? Quale rapporto con il co-genitore? In altri termini quale lo status da attribuire ai figli?

5 L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

Una recente sentenza della Cassazione (Sent n. 8029/2020) cancellava i coraggiosi tentativi della precedente giurisprudenza di merito che avevano consentito la trascrizione del certificato di nascita formato all'estero, riconoscendo unicamente al genitore biologico la possibilità di costituire un rapporto di filiazione riservandosi all'altro genitore solamente la possibilità di una adozione in casi particolari ex art 44 lett e) L. 183/84. Evidente gli effetti discriminatori per il nato nei confronti dei suo omologhi: innanzitutto l'avvio del procedimento adottivo sarebbe subordinato al consenso del genitore biologico; inoltre nessun rapporto si creerebbe con la famiglia del co genitore con ogni implicazione conseguenziale anche in caso di morte o separazione della coppia.

Dunque, ritenendo fondati i rilievi che precedono la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulle censure sollevate riguardo le limitazioni dello status del nato da fecondazione eterologa praticata all'estero da una coppia omogenitoriale femminile, ha con forza posto l'attenzione **sull'urgenza di legiferare** al fine di garantire ai nati pieni diritti alla cura, all'educazione, all'istruzione, alla stabilità dei rapporti affettivi con entrambi i genitori (quello biologico e quello sociale) (Sent 32(2021). Analogamente il giudice costituzionale chiamato a pronunciarsi su analoghe censure sollevate riguardo le limitazioni dello status del nato da GPA realizzata all'estero da due uomini sottolinea l'improrogabile esigenza di colmare un vuoto di tutela che costituisce una *capitis deminutio* assimilabile a quella dei figli incestuosi poi oggetto di superamento per effetto dell'intervento della stessa Corte (sent 33/2021 ; conf 494/2002).

In sintesi secondo la Consulta “*Al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore, che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio. Serve, ancora una volta, attirare su questa materia eticamente sensibile l'attenzione del legislatore, al fine di individuare, come già*

auspicato in passato, un «ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana» (sentenza n. 347 del 1998). Un intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato.»(sent. n. 32/2021).

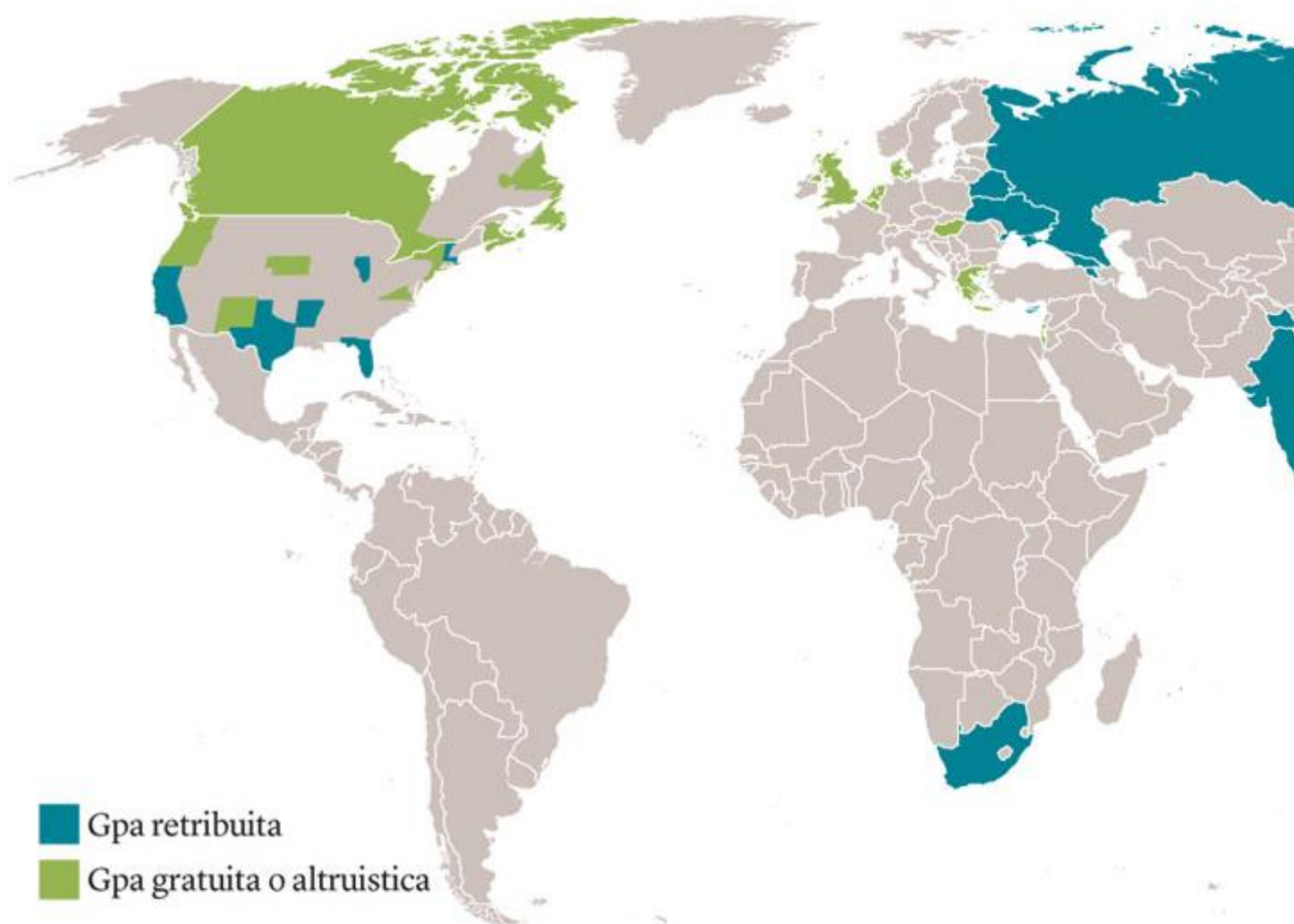
Due recentissime sentenze di Corti di Merito confermano gli assunti e in ritenendo che a tutela del superiore interesse del minore, in attuazione delle predette pronunce della corte, debba procedersi alla **trascrizione integrale dell'atto di nascita** a seguito di GPA formato all'estero negli uffici di Stato civile italiano, quindi restituendo rilievo anche l'altro genitore o genitore di mera intenzione. (Cfr. Corte d'Appello di Cagliari, con decreto depositato il 29 aprile 2021 ha confermato la necessità di iscrivere anche la madre intenzionale nell'atto di nascita; Tribunale di Roma con decreto del 18 aprile 2021 per suo verso ha imposto al Comune di Roma di annotare l'atto con due mamme già formato da altro Comune).

Dunque analogamente a quanto fatto in passato, la Consulta lancia un monito al legislatore di regolare la vicenda con un unico vincolo: quello di assicurare la massima tutela dell'interesse del minore con particolare riguardo al diritto alla bigenitorialità.

Di tutto questo nei PDL Carfagna e Meloni ...non vi è traccia. Anzi. Con un unico articolo unicamente finalizzato a sanzionare penalmente la condotta dei genitori...permarrebbe e si aggraverebbe quel 'vuoto di tutela' nei confronti dei figli la cui tutela costituisce la pietra angolare nell'impianto della vigente normativa interna e internazionale.

*Gianni Baldini

Paesi in cui è legale la gestazione per altri (gpa)



GESTAZIONE PER ALTRI

I paesi in cui la gestazione per altri è legale e come funziona

La gestazione per altri (gpa) o maternità surrogata è la pratica attraverso la quale una donna sceglie di portare avanti una gravidanza per conto di altre persone (single o coppie, sia eterosessuali sia omosessuali). La gpa è legale solo in alcuni paesi del mondo e segue norme diverse da paese a paese: in alcuni è consentita a pagamento, mentre in altri è permessa solo gratuitamente, ed è chiamata altruistica. In Italia la maternità surrogata è illegale e molte coppie espatriano per ricorrere a questa pratica.

Gli stati in cui la gestazione per altri è legale

Armenia. La gestazioni per altri [è legale](#) dal 2002, sia quella retribuita sia quella non retribuita. Possono accedervi sia le coppie eterosessuali sia quelle omosessuali e le persone single.

Australia. La maternità surrogata in forma gratuita è legale in tutto il paese, mentre [è un reato se si riceve denaro](#) per portare a termine la gravidanza. I cittadini residenti in alcuni stati come il New South Wales, il Queensland e l'Australian Capital Territory commettono un reato se ricorrono alla maternità surrogata retribuita all'estero.

Belgio. La gestazione per altri a titolo gratuito [è legale](#), mentre quella retribuita è vietata. Tuttavia ci sono poche cliniche che la praticano e le regole per ricorrere alla gpa sono molto restrittive.

Bielorussia. La gestazioni per altri è legale, sia quella retribuita sia quella non retribuita.

Canada. La maternità surrogata in forma gratuita [è legale](#) dal 2007, mentre la gpa retribuita è vietata. Le madri surrogate possono ricevere solo un rimborso spese. Il Québec, tuttavia, non applica la legge federale che consente la gpa.

Cipro. Non c'è una legge che regola la maternità surrogata che è praticata attraverso il supporto di agenzie internazionali, europee o statunitensi.

Danimarca. La gestazione per altri a titolo gratuito [è legale](#), mentre quella retribuita è vietata.

Georgia. La maternità surrogata, sia gratuita sia retribuita, [è legale dal 1992](#). Anche la donazione di sperma e di ovuli è legale, ma possono ricorrere alla pratica solo coppie eterosessuali sposate.

Grecia. La maternità surrogata [in forma gratuita è legale dal 2002](#), ma per accedere alla gpa è necessario chiedere l'autorizzazione di un tribunale. Tutte le altre forme di gpa sono vietate. La pratica inoltre è sottoposta a una serie di limiti: sia la madre surrogata sia la coppia o la donna single che ricorrono alla gpa devono risiedere nel paese. Possono ricorrere alla gpa una donna single o una coppia di conviventi che hanno sottoscritto un contratto di convivenza.

La donna che ricorre alla gpa deve dimostrare di non essere in grado di portare a termine la gravidanza e non deve avere più di 50 anni. Inoltre la coppia deve dimostrare di essere in un buono stato di salute mentale e fisica. Non è consentita nessuna forma di pagamento per la gestante. Nel caso che la gestante sia sposata, è necessario che il coniuge dia il consenso in forma scritta alla pratica. L'ovulo non deve appartenere alla gestante.

Hong Kong. La gpa retribuita [è vietata](#) e nella gestazione per altri non retribuita la legislazione stabilisce dei limiti molto severi: per esempio possono essere usati solo i gameti (sperma e ovulo) della coppia che ricorre alla maternità surrogata.

India. Il paese era una delle principali destinazioni per le coppie eterosessuali e omosessuali che volevano ricorrere alla gpa, perché nel paese la gpa retribuita era legale. Ma diversi scandali legali allo sfruttamento delle madri surrogate hanno portato il governo a limitare la maternità surrogata solo alle coppie di cittadini indiani e a vietare la pratica alle coppie di stranieri. Le nuove regole [sono entrate in vigore](#) nell'ottobre del 2015.

Israele. Nel 1996 il governo israeliano [ha legalizzato la maternità surrogata](#) senza retribuzione, ma con regole estremamente restrittive. La coppia che ricorre alla surrogata deve avere meno di cinquant'anni e deve dimostrare di avere problemi di fertilità. Il ricorso alla surrogata deve essere approvato da una commissione pubblica. È permesso ricorrere alla surrogata solo ai cittadini israeliani.

Inoltre, la gestante deve essere della stessa religione della coppia che ricorre alla surrogata, non deve essere sposata, deve aver avuto almeno un figlio, ma senza parto cesareo. Per questo [pochissime coppie riescono a trovare](#) una gestante che rientri in questa casistica. Dal 2014, anche le coppie di persone dello stesso sesso possono sottoscrivere un accordo di maternità surrogata.

Nepal. Il paese era una meta molto frequentata dalle coppie sia omosessuali sia eterosessuali che volevano ricorrere alla gpa, ma per le coppie di stranieri è stato introdotto un divieto dal settembre del 2015.

Paesi Bassi. La gestazione per altri a titolo gratuito è legale, mentre quella retribuita è vietata.

Regno Unito. È consentita solo la maternità surrogata a titolo gratuito, possono accedere alla pratica solo persone residenti nel Regno Unito ed è vietato fare pubblicità dei centri in cui si pratica la surrogata.

Russia. La gestazioni per altri è legale, sia quella retribuita sia quella non retribuita. In Russia possono ricorrere a questo trattamento anche i single o le coppie non sposate.

Stati Uniti. In alcuni stati è legale sia la gestazione per altri retribuita sia quella non retribuita (Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachusetts, Vermont). In altri stati è consentita solo la gestazione per altri gratuita (New York, New Jersey, New Mexico, Nebraska, Virginia, Oregon, Washington). In California la donna deve avere già dei figli e deve essere autonoma dal punto di vista economico.

Sudafrica. La gestazione per altri è legale, sia quella retribuita sia quella non retribuita.

Thailandia. Nel paese possono ricorrere alla gpa solo coppie eterosessuali, sposate da almeno tre anni, e uno dei coniugi deve avere la residenza in Thailandia. La gpa retribuita [è legale](#), ma la madre surrogata deve essere una parente della coppia e avere già un figlio.

Ucraina. La gestazioni per altri è legale, sia quella retribuita sia quella non retribuita, ma possono ricorrere alla pratica solo coppie eterosessuali sposate.

Ungheria. Nel paese è vietata la maternità surrogata retribuita ed è consentita solo quella gratuita.