

Martedì, 8 febbraio 2022, ore 12
CAMERA DEI DEPUTATI – II COMMISSIONE GIUSTIZIA
Audizione informale sulle proposte di legge AC 306 e AC 2599

EMANUELE BILOTTI

Professore ordinario di diritto privato nell'Università Europea di Roma

1. – Desidero anzitutto ringraziare il Presidente, on.le Mario Perantoni, per il cortese e gradito invito nella speranza che le brevi considerazioni che svolgerò possano essere di una qualche utilità per le valutazioni di competenza della Commissione.

Le proposte di legge in esame intendono chiarire ed estendere l'ambito territoriale di perseguibilità dei fatti di reato previsti dall'art. 12, co. 6, l. n. 40 del 2004.

Più in particolare, la proposta AC 306 è volta a far sì che le sanzioni previste da quella norma – la reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 600.000 a un milione di euro – debbano applicarsi anche nell'ipotesi in cui tutti i fatti in essa considerati – la realizzazione, l'organizzazione, la pubblicizzazione, in qualsiasi forma, della commercializzazione di gameti o di embrioni o della surrogazione di maternità – siano stati commessi all'estero.

La proposta AC 2599 prevede invece l'applicazione di quelle sanzioni anche nell'ipotesi in cui il solo reato di surrogazione di maternità sia stato commesso all'estero da un cittadino italiano.

2. – Senza volere entrare nel merito di questioni penalistiche, che esulano dalle mie competenze, comincio con l'osservare che le due proposte si prefiggono l'obiettivo di arginare il fenomeno del cd. turismo procreativo.

E ciò, com'è evidente, nel presupposto dell'alto disvalore riconosciuto nella pratica della surrogazione di maternità: una pratica che, secondo un'ormai nota formulazione del Giudice delle leggi, <<offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane>>¹.

La perseguibilità del delitto commesso all'estero intende allora far sì che il divieto di legge non si riduca ad una declamazione ipocrita, alimentando di fatto mercati locali dei servizi riproduttivi caratterizzati da condizioni di sfruttamento intollerabili, addirittura paragonabili a quelle della tratta degli esseri umani².

C'è poi da considerare che un'opzione proibizionista condizionata da una comprensione restrittiva del principio di territorialità della legge penale finisce in realtà per rimettere al mercato – e segnatamente a un mercato globale – la decisione su chi può accedere alla surrogazione di maternità con evidenti effetti discriminatori in base alle condizioni economiche³.

Un argine al turismo procreativo appare poi necessario anche allo scopo di rendere sempre più marginale lo spinoso problema dello *status* dei nati al di fuori del modello consentito: un problema che, com'è noto, ormai da anni affatica sia la giurisprudenza di merito e di legittimità sia la Corte costituzionale⁴.

¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 272/2017 e Corte cost., sent. n. 33/2021.

² Per riferimenti v. V. CALDERAI, *La conquista dell'ubiquità. Efficacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato dei servizi riproduttivi*, in *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare* a cura di E. Navarretta, Torino, 2017, p. 84.

³ Cfr. CALDERAI, *op. cit.*, p. 81.

⁴ Per riferimenti v. *infra*, n. 6.

3. – Ciò posto è bene chiedersi anzitutto se certe finalità non siano perseguibili anche in altro modo. E magari con un’efficacia ancora maggiore. L’alternativa da valutare con attenzione è soprattutto quella esemplificata dal recente intervento del legislatore portoghese del 21 novembre 2021⁵.

Si tratta di una soluzione certamente permissiva, ma di estremo rigore.

Infatti, in base alla legge portoghese l’accordo di surrogazione è soggetto a un penetrante controllo pubblicistico e a vincoli di contenuto assai stringenti. E così, ad esempio, alla gestante deve essere riconosciuto il diritto a partecipare a qualsiasi scelta clinica che la riguardi, nonché a revocare il consenso alla consegna del bambino fino alla registrazione della nascita. Nessun corrispettivo può poi essere previsto per la sua prestazione, salvo il rimborso delle spese effettivamente sostenute.

Ma soprattutto l’accesso alla maternità surrogata è consentito solo in caso di assenza di utero o di gravi lesioni, e dunque sempre in una prospettiva rimediale, e cioè in via sussidiaria – e non alternativa – alla procreazione attraverso l’esercizio della sessualità⁶.

Si tratta dunque di una soluzione che non sembra ispirata alla logica del riconoscimento di un diritto a procreare <<sempre e comunque sia>>: una logica – quella dell’autodeterminazione riproduttiva degli adulti – dalla quale anche la nostra Corte costituzionale sembra ormai aver preso le distanze⁷.

Sotto questo profilo il modello portoghese di surrogazione cd. altruistica si differenzia in maniera significativa da quello cui guarda ora con favore parte della dottrina italiana⁸ e della stessa giurisprudenza di legittimità⁹: un modello, quest’ultimo, che non prevede limiti soggettivi al ricorso alla pratica, ma solo l’assenza di contropartite economiche per la gestante e la revocabilità del suo consenso fino al momento della nascita del bambino.

La soluzione portoghese disegna invece, a ben vedere, un compromesso non molto diverso da quello che nel nostro ordinamento si è già raggiunto rispetto alla pratica della fecondazione eterologa. Com’è noto, infatti, dopo la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, questa tecnica procreativa è accessibile solo entro limiti rigorosi – oggettivi e soggettivi – comunque coerenti col perseguimento di una finalità cd. “terapeutica”¹⁰.

4. – Proprio l’esperienza della fecondazione eterologa attesta tuttavia che una scelta permissiva rigorosa di per sé non è in grado di arginare il turismo procreativo e quanto ne consegue in termini di alimentazione di mercati locali fondati

⁵ Al riguardo, per maggiori approfondimenti, v. L. BOZZI, *Legiferare in tema di gestazione per altri. La legge portoghese: ragioni, interrogativi e illusioni (su ogni legge in materie)*, contributo di prossima pubblicazione, consultato per la cortesia dell’A., par. 1.

⁶ Cfr. BOZZI, *op. cit.*, par. 2.

⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 221/2019.

⁸ Nel senso indicato cfr. V. SCALISI, *Maternità surrogata: come “fare cose con regole”*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 1100; A. G. GRASSO, *Per un’interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, p. 151 ss.; ID., *La maternità surrogata altruistica. Un’ipotesi ricostruttiva*, Roma, 2020, p. 109 ss.; U. SALANITRO, sub *Art. 12* [l. n. 40/2004], in *Della famiglia*² a cura di G. Di Rosa, in *Comm. Gabrielli*, III, Torino, 2018, p. 1780, testo e nt. 23.

⁹ Cfr. Cass., ord. n. 8325/2020 e ord. n. 1844/2022.

¹⁰ Il punto è stato successivamente chiarito in Corte cost., sent. n. 221/2019.

sullo sfruttamento delle donne, di discriminazione in base al reddito dal lato della domanda e di problematicità dello *status* dei nati.

Anche una soluzione come quella portoghese appare dunque utile solo nella misura in cui sia opportunamente corredata da sanzioni penali rigorose per l'ipotesi di ricorso alla pratica della maternità surrogata al di là dei limiti previsti dalla legge sia sul territorio nazionale sia all'estero.

Bisogna poi considerare l'alto costo in termini simbolici di una soluzione permissiva pur estremamente rigorosa. La regolamentazione ipotizzata, infatti, per quanto restrittiva, finirebbe comunque per legittimare nella coscienza collettiva una pratica che, come si è detto, <<offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane>>¹¹.

5. – Ciò posto non sembra inopportuno fare un rapido cenno anche allo spinoso problema dello *status* dei nati al di fuori del modello consentito.

La soluzione prefigurata dalle proposte in esame dovrebbe invero contribuire a rendere il problema sempre più marginale. Ma non diverrebbe comunque del tutto irrilevante. Anche perché si tratta pur sempre della garanzia di diritti fondamentali della persona.

Qui è necessario allargare lo sguardo. Bisogna infatti considerare che un problema analogo si pone anche in caso di ricorso alla fecondazione eterologa al di là dei limiti di legge. In questo caso non è prevista però una sanzione penale, ma solo amministrativa. E solo per chi abbia applicato la tecnica, non anche per chi ad essa si sia sottoposto (art. 12, co. 2, l. n. 40/2004).

Allo stato la situazione è la seguente.

In caso di nascita da madre surrogata, la trascrizione del provvedimento estero che accerti il rapporto genitoriale col committente privo di legame biologico è considerata contraria all'ordine pubblico e non è pertanto consentita¹².

In caso di ricorso all'eterologa al di là dei limiti di legge, e dunque sostanzialmente nel caso in cui a farvi ricorso sia una coppia di donne, bisogna distinguere: se la nascita avviene in Italia, l'accertamento di una genitorialità puramente intenzionale è escluso¹³; se invece la nascita avviene all'estero, l'accertamento estero di una genitorialità puramente intenzionale non è ritenuto contrario all'ordine pubblico e può pertanto divenire efficace anche in Italia attraverso la trascrizione del relativo provvedimento¹⁴.

6. – Si tratta di un assetto non privo di contraddizioni. Inoltre, nel caso della doppia maternità accertata all'estero e poi riconosciuta nel nostro ordinamento, la soluzione indicata si fonda su un modo di intendere l'eccezione di ordine pubblico che ne depotenzia significativamente la funzione di preservare l'armonia interna del sistema.

¹¹ Cfr. BOZZI, *op. cit.*, par. 5.

¹² Cfr. Cass., Sez. Un., n. 12193/2019. Un superamento di questa soluzione è invocato dalla prima sezione civile della Suprema Corte: cfr. Cass., ord. n. 8325/2020, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale della soluzione interpretativa accolta dalle Sezioni Unite, e Cass., ord. n. 1844/2022, che, all'esito del giudizio di inammissibilità del Giudice delle leggi (v. Corte cost., sent. n. 33/2021), ha ora rimesso nuovamente la questione alle Sezioni Unite.

¹³ Cfr. Cass., n. 7668/2020, n. 8029/2020, n. 23320/2021 e n. 23321/2021.

¹⁴ Cfr. Cass., n. 19599/2016, n. 14878/2017 e n. 23319/2021.

Quanto poi ai casi in cui l'accertamento di una genitorialità puramente intenzionale non è consentito, la soluzione dell'adozione particolare, escogitata in giurisprudenza non senza una certa forzatura del dato normativo¹⁵, è stata di recente considerata dal Giudice delle leggi non del tutto soddisfacente in vista della migliore realizzazione dell'interesse del minore¹⁶.

Lo stesso Giudice delle leggi ha conseguentemente sollecitato il legislatore a trovare una soluzione che garantisca al nato una tutela piena, e dunque tutti i diritti del figlio anche nei confronti del cd. genitore intenzionale, sempre che ciò appaia funzionale alla realizzazione del suo superiore interesse. Ma ciò senza mettere in discussione la finalità – legittimamente perseguita dall'ordinamento – di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità.

Anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, del resto, trova conferma la necessità e la sufficienza di una soluzione che, senza arretrare nella garanzia del diritto del nato al rispetto della sua vita privata (art. 8 Conv. Eur. Dir. Uomo), non escluda il margine di apprezzamento dello Stato nel consentire l'accesso alle diverse tecniche procreative, e segnatamente alla pratica della surrogazione di maternità¹⁷.

7. – Il compito affidato al legislatore non è facile. Ma non è neppure impossibile da adempiere. A tal fine sembra però necessario che l'intervento del legislatore rispetti le seguenti condizioni, che costituiscono le linee di un possibile intervento normativo¹⁸.

I. È anzitutto necessario che l'attribuzione al nato di tutti i diritti connessi allo *status* di figlio anche nei confronti del committente privo di legame biologico si realizzi comunque secondo una logica rimediale, e dunque, per dirla con le parole della Corte costituzionale, attraverso un <<riconoscimento... *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice>> della sua conformità al superiore interesse del minore¹⁹.

È invece da respingere la soluzione del riconoscimento automatico e *ab initio* attraverso la trascrizione dell'atto di nascita estero che accerti un rapporto genitoriale puramente volontario.

E ciò quali che siano i contenuti e le modalità dell'accordo di surrogazione. E dunque sia che si tratti di surrogazione cd. commerciale sia che si tratti di surrogazione cd. altruista. In ogni caso si tratta infatti di pratiche vietate e penalmente sanzionate, e dunque tali da attivare il limite dell'ordine pubblico.

II. È necessario, in secondo luogo, che lo *status* non possa essere rivendicato dagli adulti che hanno fatto ricorso alla pratica vietata né che gli stessi se ne possano avvalere. Non sembra ammissibile cioè che gli adulti possano rivendicare una genitorialità conforme a un progetto disapprovato dall'ordinamento.

¹⁵ Cfr. Cass., n. 12962/2016 e Cass., Sez. Un., n. 12193/2019.

¹⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 33/2021, con riferimento al caso della maternità surrogata, e Corte cost., sent. n. 32/2021, con riferimento al caso della fecondazione eterologa vietata.

¹⁷ Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 19 nov. 2019, ric. n. 1462/18 e 17348/18 e 16 lug. 2020, ric. n. 11288/2018; nello stesso senso già l'*Advisory opinion* del 10 apr. 2020.

¹⁸ Per un'esposizione di maggior dettaglio della proposta succintamente articolata di seguito sia consentito rinviare a E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2021, p. 919 ss.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 33/2021.

È dunque solo al minore che deve spettare l'azione volta al riconoscimento dei diritti propri del figlio anche nei confronti del committente privo di legame biologico.

III. La responsabilità genitoriale nei confronti del nato spetterebbe in tal modo anche al “genitore” intenzionale. Ma ciò non in virtù dello *status*, bensì, ancora una volta, secondo una logica puramente rimediale, in quanto la continuità del rapporto in atto sia considerata in concreto la soluzione meno problematica in vista della realizzazione del superiore interesse del minore.

Non si vede allora perché nella situazione concreta il giudice, sempre in vista della migliore realizzazione del superiore interesse del minore, non potrebbe anche conformare la responsabilità genitoriale, riconoscendo in concreto solo alcuni dei poteri funzionali che ne costituiscono il contenuto normale.

IV. Il legislatore dovrebbe infine prevedere che l'azione sia esercitata per conto del minore da un curatore speciale nominato a tal fine dal giudice, assunte sommarie informazioni, su istanza di chiunque vi abbia interesse ovvero dello stesso minore che abbia compiuto quattordici anni.

In effetti, sembra ricorrere qui una di quelle ipotesi in cui un conflitto di interessi col genitore è, come si dice, *in re ipsa*. E ciò indipendentemente dalla persistenza o meno del rapporto di coppia tra quest'ultimo e l'altro committente privo di legame biologico.

8. – Si potrebbe valutare, poi, se, quanto meno nel caso della surrogazione di maternità, la soluzione ora succintamente tratteggiata non possa essere estesa anche al rapporto del nato col committente che sia ad esso biologicamente legato.

Invero si ritiene per lo più che questo rapporto possa essere accertato volontariamente in base alle norme del codice civile. E dunque che, almeno sotto questo profilo, l'atto di nascita estero non sia contrario all'ordine pubblico.

Non sembra tuttavia infondato il rilievo secondo cui il diverso trattamento riservato ai due committenti appare <<irragionevole e contraddittorio>>²⁰. In effetti, il genitore biologico non rimane estraneo alla condotta riprovevole – e penalmente sanzionata – posta in essere.

Appare allora del tutto coerente con la repressione penale della surrogazione di maternità l'idea di subordinare anche il riconoscimento dei diritti connessi allo *status filiationis* nei confronti del genitore (biologico) ad un'azione del minore, da esercitare attraverso un curatore speciale, volta ad accertare la conformità di questo rapporto al suo miglior interesse.

Né sembra che tale soluzione sia minimamente pregiudizievole per lo stesso minore.

²⁰ L'argomento è utilizzato da Cass., ord. n. 8325/2020 e da Cass., ord. n. 1844/2022, ma allo scopo di accreditare ulteriormente la tesi dell'irragionevolezza del limite opposto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (n. 12193/2019) al riconoscimento automatico dello *status filiationis* già accertato all'estero anche nei confronti del committente privo di legame biologico col nato.