

LEGALITÀ

GPA FATTA ALL'ESTERO: UN #DELITTO IMPUNITO

Tutti ripetono che è proibito, che è reato, che è un abominio e che sono contrari. Ma perché non si procede penalmente contro costoro?

di Livio Podrecca

Si è fatto un gran parlare dei casi del Sen. Lo Giudice e, in questi ultimi giorni, di Nichi Vendola, che pare si siano comprati un figlio all'estero da una donna, fornitrice di utero in affitto. Il fatto è previsto come reato dall'art. 12, comma 6, della Legge 40/2004, quella cosiddetta della fecondazione assistita. Si tratta quindi di un reato comune commesso da un cittadino italiano all'estero, che, per essere perseguito in Italia, richiede una apposita istanza del Ministero di Giustizia. Lo prevede l'art. 9 del codice penale. In mancanza della istanza del Ministro, il procedimento penale è, tecnicamente, improcedibile.

Occorre dire che far passare come proprio un figlio biologicamente altrui, ciò che si verifica nella c.d. "maternità surrogata", può implicare altri reati, quali quello di alterazione di stato (punto dall'art. 567 c.p. con pene pesantissime, da tre a dieci anni o da cinque a quindici anni di reclusione), o quello di sostituzione di persona (art. 494 c.p.) e di false dichiarazioni al pubblico ufficiale (l'ufficiale dello stato civile), previsto dall'art. 495 c.p., anche in questo caso con pene molto severe (reclu-

mente. La richiesta del Ministro della Giustizia, insegna la Corte Costituzionale, è un atto assolutamente discrezionale. Tocca, infatti, al Ministro valutare l'opportunità, tutta politica, di procedere o meno penalmente per i reati commessi dal cittadino all'estero.

E qui allora si arriva al punto cruciale. Ci si chiede, cioè, perché il Ministro della Giustizia, cioè il Governo, non chiede alla magistratura di procedere per i casi praticamente conclamati, ammessi dagli stessi autori, di maternità surrogata che i media ci mettono sotto il naso ormai quotidianamente. Non vi ravvede, evidentemente, alcuna opportunità o necessità politica. Neppure dopo lo stralcio della stepchild adoption dal ridisegnato disegno di legge ex Cirinnà. Ciò che pare voler confermare che lo stralcio è stato solo una mossa politica, astuta e del tutto contingente, un paravento per introdurre, intanto, in Italia il matrimonio gay. Il resto andrà avanti con un apposito DDL sulle adozioni, di cui si è annunciata la corsa preferenziale, ed in via pretoria. Cioè con le sentenze dei giudici, che continueranno a consentire la step child adoption ai membri delle cop-

INTERVISTA DOPPIA

Roberto Cogliandro e Antonio Palazzo: #diritto e utero in affitto

Due giuristi: uno giovane e rampante, uno maturo e blasonato; uno contrario, l'altro possibilista

di Adolfo Marini

L'adozione del figlio del partner omosessuale, riconosciuta da recenti sentenze, è una forzatura contro la legge?

Credo proprio di sì. Bisogna considerare che l'attuale contesto normativo vigente è difficilmente conciliabile con le più recenti e "tecnologiche" forme di genitorialità. Di conseguenza, il delicato compito di trovare una soluzione ai problemi posti dall'evoluzione sociale e dal frequente ricorso a pratiche di maternità surrogata spetta alla giurisprudenza. Allo stato dell'arte, prescindendo alcune decisioni di merito, la Corte di Cassazione mantiene ancora un atteggiamento di chiusura al riconoscimento della pratica della maternità surrogata, negando ogni possibilità di vedere riconosciuta in Italia la c.d. pratica dell'utero in affitto sulla base del richiamo al «limite generale dell'ordine pubblico», non derogato dalla disciplina estera sulla filiazione, in quanto afferente non solo a valori condivisi della comunità internazionale ma anche a principi e valori esclusivamente propri purché fondamentali e perciò irrinunciabili. E tale non può non ritenersi il divieto della surrogazione della maternità, tanto più che esso è rafforzato anche da una sanzione penale, posta proprio a presidio del principio per cui «madre è colui che partorisce». La stessa Corte ha rilevato come il superiore interesse del minore può realizzarsi o affidando il nato a chi l'ha partorito oppure ricorrendo all'adozione, perché soltanto a tale istituto «l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato».

Le decisioni che invece ammettono tale pratica non si risolvono, indirettamente, in un incentivo alla surrogazione di maternità?

Sicuramente gli interessati allo svolgimento di tale pratica ritrovano in tali decisioni un forte stimolo per realizzare il desiderio di diventare genitori. Le più recenti pronunce di merito che hanno pian piano aperto la strada al riconoscimento di tale "pratica", assolvendo gli imputati dal reato di "alterazione di stato", lo hanno fatto sulla base di un'interpretazione della norma incriminatrice conforme alle disposizioni ed alla giurisprudenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo attribuendo valore legale alla relazione sussistente tra un genitore ed un figlio nato mediante la surrogazione di maternità.

A fronte di tale complessità nel panorama giurisprudenziale, se è vero che le aperture "convenzionali" hanno molto spesso dato la stura ad importanti novità sul piano giurisprudenziale, tracciando un solco sul quale il legislatore non ha esitato a muoversi, è altrettanto vero che il riconoscimento di una pratica in aperto contrasto con il dato normativo e costituzionale vigente, oltre che destante notevoli dibattiti sul piano etico-sociale, non può e non deve - in uno stato che si affermi consapevolmente di diritto come il nostro - passare solo attraverso il recepimento della giurisprudenza comunitaria da parte della più "ardita" giurisprudenza di merito.

Quindi il contratto di surrogazione materna è sempre illecito?

Di sicuro ad oggi non si concilia con alcuni principi cardini del nostro sistema normativo. In primo luogo, esaminando le varie dizioni letterarie inserite nei formulari contrattuali degli stati esteri che ammettono la pratica in esame, tale contratto viene considerato come un vero e proprio rapporto obbligatorio che si instaura tra i cd. genitori d'intenzione (intended parents), definiti come committenti, e la madre surrogata, la quale, al pari di un qualsiasi prestatore d'opera, si obbliga a fornire la prestazione di gestazione per conto altrui. È peculiare, almeno per il nostro ordinamento, che il contenuto di un'operazione economica possa adattarsi ad uno schema contrattua-

le in cui la funzione procreativa si erga a ragione economico sociale che orienta gli interessi dei contraenti.

Inoltre, il contratto in esame non si armonizza con il divieto di effettuare atti dispositivi del proprio corpo che siano contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. Nello specifico, la gestazione per conto altrui, oltre a compromettere lo stato fisico della gestante, incide negativamente anche sui interessi di natura esistenziale, in quanto è probabile che la recisione del rapporto madre-figlio possa degenerare in patologie di natura psicofisica.

Ho notato, osservando i formulari esteri che le parti sottoscrivono per realizzare la maternità surrogata, che alcuni prevedono una clausola in base alla quale se il figlio non è conforme alle attese dei genitori d'intenzione essi possono chiedere alla madre di "eliminarlo" senza riconoscere a quest'ultima alcuna possibilità di rifiutarsi. Questo meccanismo equipara il nascituro ad un oggetto qualsiasi che, se presenta dei difetti di produzione, riconosce agli acquirenti la possibilità di disfarsene senza preoccuparsi delle conseguenze.



Per queste ragioni ritengo che, a legislazione invariata, il contratto di maternità surrogata può essere tacciato di nullità, giacché non conforme al concetto di ordine pubblico e si pone in netto contrasto con alcune norme del codice civile che il nostro ordinamento considera imperative.

È giusto che il bambino, separato dalla donna che l'ha partorito, cresca con la coppia che ha richiesto la gestazione per altri?

Anche in questo caso si verifica una situazione fattuale che si scontra con alcuni principi cardini vigenti nel nostro ordinamento, in quanto, secondo il codice civile, il rapporto di parentela si instaura solo con colei che abbia effettivamente partorito il figlio, a prescindere dalla "fornitura" del materiale genetico.

Sul punto, inoltre, credo sia necessaria riflessione approfondita che prescinda dai dettami normativi, ma che tenga conto anche degli aspetti emotivi che possono incidere sulla psiche del bambino a seguito del traumatico distacco dalla madre. Molti studi psicologici affermano che fino a dodici non ci sono sostanziali differenze sul benessere dei bambini, il problema comincia a porsi dopo l'età indicata in cui è molto probabile che, una volta che il minore abbia acquisito la consapevolezza di essere figlio di una maternità surrogata, potrebbero verificarsi pesanti effetti sull'equilibrio di questi adolescenti.

Siccome non sappiamo quali sono le conseguenze che potrebbero crearsi sulla psiche di questi ragazzi, e in più in generale non conosciamo l'impatto sociale che potrebbero avere le decisioni dei genitori nel mettere in mondo figli di una madre mai conosciuta, è necessario ragionare ad ampio raggio avvalendoci di tutte le ricerche sul capo per capire che generazione futura può darci tale pratica.

L'adozione del figlio del partner omosessuale, riconosciuta da recenti sentenze, è una forzatura contro la legge?

Non credo. Anzi la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e quella della nostra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione sono concordi: è centrale l'interesse del minore in ogni decisione che lo riguarda, e specialmente in quelle che gli costituiscono lo stato di figlio, anche per adozione. Le decisioni assunte anche in questi ultimi giorni dal Tribunale e dalla Corte d'Appello minorile di Roma si fondano sulla verifica, attraverso l'accertamento di psicologi e dei servizi sociali, del forte legame affettivo tra questi bambini e il partner del loro genitore biologico, del ruolo genitoriale che costui ha svolto per loro, fin dalla più tenera età, del sereno sviluppo psicosociale dei bambini e perfino della loro perfetta integrazione sociale. La domanda di adozione non è il reclamo di un diritto da parte dell'adulto, ma un atto di autoresponsabilità con cui costui si assu-

me, volontariamente, i doveri di cura, educazione, mantenimento verso un bambino del quale, altrimenti, potrebbe per legge disinteressarsi, pur avendo partecipato al progetto procreativo che l'ha fatto nascere. Per questo, valutata secondo le circostanze del caso concreto la corrispondenza all'interesse del minore, bene hanno fatto i giudici ad accordare questa protezione ai bambini.

I bambini che sono nati dalla surrogazione praticata per via naturale sono cresciuti lontani da quella donna che era anche la loro madre biologica, e se lei ha esercitato il diritto di partorire in anonimato non potranno conoscere la sua identità fino a quando non compiranno cento anni, finché non verrà approvata la riforma a tutela del loro diritto a conoscere le proprie origini.

Eppure ci scandalizziamo oggi, per il bambino nato all'estero da una donna che non è la sua madre biologica, senza conoscere



bene i termini della questione, e ignorando che l'ordinamento californiano, ad esempio, prevede il mantenimento dei rapporti della donna col bambino e coi suoi genitori sociali.

Mi spiego. Quando c'è appioppamento dello stato di bisogno, ma anche della dipendenza in senso lato, della donna da coloro che la sfruttano per portare a compimento il proprio desiderio di genitorialità il contratto è illecito, perché contrario all'ordine pubblico che si sostanzia nel rispetto della dignità della donna.

Al contrario, quando sia garantita la consapevole e libera - anche dal bisogno economico - decisione della donna di aderire a quel desiderio, non credo che il suo gesto debba essere necessariamente gratuito. Questa donna affronterà delle spese per cure mediche e non potrà dedicarsi alla propria attività lavorativa per condurre la gestazione, e allora è lecito prevedere un rimborso delle spese e la soddisfazione degli speciali bisogni che la gravidanza introduce per lei.

È giusto che il bambino, separato dalla donna che l'ha partorito, cresca con la coppia che ha richiesto la gestazione per altri?

Dipende dalla verifica della concreta corrispondenza all'interesse di quel bambino, che deve essere protetto prima di tutto dalle conseguenze sulla propria esistenza di scelte a lui totalmente estranee. La Corte europea dei diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia per aver deciso di separare il bambino avuto da una coppia eterosessuale in Ucraina con surrogazione di maternità, affidandolo per l'adozione ad una diversa famiglia dopo che aveva vissuto i suoi primi nove mesi con i genitori sociali. Ha ritenuto leso il diritto del bambino a veder tutelata la propria vita familiare in atto, a prescindere dalla valutazione della liceità della scelta dei genitori di metterlo al mondo in questo modo. Condivido questa decisione, e credo che debba prima di tutto salvaguardarsi la serenità del minore, e se cresce bene con quella coppia - come avevano accertato i giudici minorili - deve essergli evitato il trauma di un distacco di cui non avrà memoria cosciente, ma che produrrà i danni psicologici per tutta la sua vita, e al tempo stesso quegli adulti devono essere inchiodati alla responsabilità di cercarlo che si sono assunti con la loro scelta. Starà poi a lui, una volta cresciuto, decidere se vuole agire per rimuovere ogni vincolo verso quelli che non sono i suoi genitori biologici, secondo le azioni di stato recentemente riformate proprio mantenendo la centralità dell'interesse del minore a conservare lo status che corrisponde alla sua affettività, anche se non è veritiero. ■

Le decisioni che invece ammettono tale pratica non si risolvono, indirettamente, in un incentivo alla surrogazione di maternità?

Queste decisioni non si risolvono, indirettamente, in un incentivo alla surrogazione di maternità? Queste decisioni non si risolvono, indirettamente, in un incentivo alla surrogazione di maternità?

Oggi se ne parla molto a proposito delle coppie gay, ma l'esperienza insegna che non sono rari i casi di donne, spesso in con-



sione da uno a sei anni).

Questo per dire che la vita e la identità delle persone stanno in un campo ad altissima tutela da parte dell'ordinamento, se il diritto penale costituisce, come si insegnava una volta, il "minimo etico" di una società data.

Eppure i procedimenti penali che hanno preso spunto da fatti di fecondazione eterologa (prima che la Corte Costituzionale la consentisse anche in Italia) e di maternità surrogata accaduti all'estero finiscono, nei tribunali, con un nulla di fatto, anche per la mancanza della richiesta del Ministero della Giustizia di procedere penal-

ple omosessuali e non potranno perseguire i casi di maternità surrogata all'estero semplicemente perché il Ministero, cioè il Governo, non glielo chiede e non glielo chiederà.

Con buona pace di quei "cattolici" che della approvazione bulgara del DDL ex Cirinnà, dopo avere imbavagliato le opposizioni, fanno una medaglia che si appuntano al petto. Se avessero realmente a cuore la dignità della donna e i diritti dei bambini, dovrebbero pretendere con fermezza che per questi reati, scandalosi e turpi, il Governo si attivi e chiedi ai giudici di procedere. ■