

Infertilità femminile, sindrome di Rokitansky e gestazione per altri

Alessandra Pisu

Professoressa nell'Università di Cagliari

L'aspirazione alla maternità delle donne infertili, come quelle affette da sindrome di Rokitansky, è un tema particolarmente interessante e meritevole di attenzione, ma piuttosto complesso dal punto di vista giuridico, poiché in esso si intrecciano: un diritto fondamentale, alla salute; un diritto limitato, alla procreazione; delicati profili etici e, soprattutto, un divieto penale (art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004) che, allo stato attuale, impedisce in Italia la gestazione per altri (d'ora in poi, GPA), ossia la pratica di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi, PMA) che potrebbe soddisfare il bisogno di genitorialità delle coppie che patiscono forme di infertilità dipendenti da menomazioni dell'apparato riproduttivo femminile. La sindrome di Rokitansky rientra, difatti, in un più ampio novero di condizioni femminili che escludono, o rendono oltremodo gravosa, la possibilità di condurre una gravidanza e procreare con metodo naturale. La platea delle donne affette da problemi di salute riproduttiva è vastissima e va ben oltre la classe delle giovani nate senza utero: basti pensare alla diffusione dell'endometriosi e di altre patologie dell'apparato cardiocircolatorio che impediscono, o sconsigliano fortemente, la gravidanza, esponendo la donna che riesca ad intraprenderla a enormi rischi per la sua salute fisica e mentale.

Salute riproduttiva come stato di benessere fisico, psichico e sociale assicurato dal soddisfacimento del bisogno di maternità, per le donne che lo avvertono. Salute riproduttiva inutilmente frustrata

dalla negazione di opportunità procreative laddove non siano ravvisabili contrapposti interessi costituzionalmente prevalenti rispetto al bene, indiscusso, rappresentato dal generare nuove vite con un progetto di procreazione responsabile. Questa è la trascurata prospettiva da cui muovere nell'analizzare le possibili soluzioni, sia sul piano sanitario, sia su quello giuridico. Occorre considerare, da una parte, quali rimedi la scienza medica sia in grado di offrire alle patologie che precludono una discendenza biologica per via sessuale e, dall'altra, se l'ordinamento possa aprirsi a valutazioni differenti da quelle finora compiute nel regolare le enormi *chances* offerte dalla tecnica applicata alla procreazione.

La condizione delle donne prive di utero, ma capaci di produrre ovociti, che considerano la maternità una tappa fondamentale di costruzione e realizzazione della propria personalità, è emblematica ed intellettualmente stimolante perché mette a dura prova la razionale sostenibilità degli argomenti giuridici su cui si fonda il divieto assoluto di gestazione in sostituzione.

Ebbene, se è vero che il ricorso alla procreazione artificiale è concepito dal legislatore come residuale, potendosi accedere alle tecniche di PMA «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (art. 1, comma 2°, l. n. 40/2004), la strada del trapianto d'utero non sembra aver raggiunto il necessario grado di affidabilità e sicurezza: oltre ad essere particolarmente invasiva e difficile da

realizzare, presenta specifici limiti clinici e criticità applicative connesse all'approvvigionamento dell'organo.

L'ectogenesi, invece, appartiene al futuro, probabilmente prossimo e rappresenta un'eventualità alla quale dovremmo culturalmente attrezzarci.

Pertanto, l'alternativa della gestazione condotta da una donna estranea alla coppia genitoriale, sebbene implichi una stringente interazione tra dati culturali ancora profondamente disomogenei nella nostra società e tecniche mediche al momento inapplicabili nelle strutture sanitarie italiane perché illegali, merita d'essere presa in seria considerazione, in una prospettiva *de iure condendo*, quale forma di procreazione artificiale rispettosa del principio della minore invasività della pratica medica alla quale sottoporre la donna nella realizzazione del progetto riproduttivo.

L'interrogativo preliminare e di fondo, tuttavia, è se la donna priva di utero, o affetta da altre patologie preclusive della gestazione, e il suo partner siano portatori di un interesse a procreare meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico e compatibile con la tavola dei valori costituzionali. Dubbio sul quale influiscono fattori ideologici e culturali, nonché la difficoltà di bilanciare l'interesse alla genitorialità – che indubbiamente concorre alla realizzazione della persona e alla sopravvivenza della stessa comunità umana – con gli interessi degli altri soggetti coinvolti che, talvolta acriticamente, si reputano messi a repentaglio dalla GPA. Come ci insegna la prospettiva comparata, la difficoltà non è insuperabile, ma spetta al legislatore farsene carico, coadiuvato nel suo compito dall'ampia elaborazione della dottrina e dalle migliori esperienze straniere.

L'attuale assetto normativo italiano è ben lontano dallo sciogliere affermativamente il dilemma.

Per comprensibili ragioni, la concezione della GPA come trattamento di patologie femminili è estranea alla giurisprudenza successiva alla legge n. 40/2004, esclusivamente concentrata a trovare *ex post* soluzioni che assicurino piena protezione ai nati con questa pratica.

Non v'è da stupirsi. Nel regolare il fenomeno della PMA, il legislatore italiano ha seguito una logica in gran parte imperniata sulla tecnica del divieto, che si è rivelata fallimentare. Alcuni limi-

ti all'accesso alle tecniche di procreazione artificiale sono stati rimossi dalla Corte costituzionale. Si pensi a quello che impediva la fecondazione eterologa. La connessione con il nostro tema è evidente: ricorrendo alla donazione di ovociti, si realizza una disarticolazione del ruolo femminile tra madre genetica e madre gestazionale. Alla partoriente si riconosce, sulla base del concorrente elemento volontaristico di assunzione della responsabilità genitoriale, il ruolo di madre legale.

Le pronunzie di illegittimità non hanno invece finora scalfito il divieto assoluto di GPA, qualificato dalle Sezioni Unite della Cassazione come "*principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione*", al quale si ricorre per consolidare, nell'interesse del minore, il legame dei nati all'estero da madri surrogate con i genitori d'intenzione¹. Le motivazioni di questa decisione non paiono irresistibili, ma non è su questo che intendo ora soffermarmi se non per appuntare il costante riferimento della giurisprudenza alla dignità della donna che sarebbe – io da madre non lo credo – fatalmente violata in ogni ipotesi di gestazione in sostituzione. Il giudizio negativo sulla GPA è autorevolmente condiviso dalla Consulta, secondo la quale la maternità surrogata «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*»².

Così ragionando, la giurisprudenza trascura che una lesione della dignità della gestante si può ravvisare solo in assenza di una sua libera e consapevole partecipazione alla nascita (ma, finalmente, la recentissima Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842, lo sottolinea³) e che il *vulnus* al principio secondo il quale non può farsi del corpo umano e delle sue parti una fonte di lucro (art. 3, Carta dir. UE) si

¹ Così Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Dir. fam. e pers.*, 2020, I, 392, con riferimento a un caso nel quale è stata dichiarata la contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione del provvedimento estero che attribuiva la paternità al genitore intenzionale non biologico di due gemelli nati in Canada da gestazione solidale condotta per una coppia di uomini.

² Corte cost., 18.12.2017, n. 272, in *Foro it.*, 2018, I, 5.

³ Cass., 21.1.2022, n. 1842, in *Dir e giust.*, 2022.

realizza unicamente laddove la pratica è asservita a fini commerciali.

Non a caso, a livello europeo, il giudizio di disapprovazione non è più riferito alla GPA in quanto tale, bensì «alla pratica commerciale della maternità surrogata»⁴ e alle «pratiche coercitive in materia di salute sessuale e riproduttiva che non rispettano il diritto al consenso libero e informato delle donne»⁵. Tutto da dimostrare, e finora smentito dai fatti e dagli studi compiuti, che i nati subiscano un pregiudizio da queste modalità della procreazione. Conta come si nasce o come si viene accolti e tenuti al mondo?

Attualmente, la previsione di reato non lascia alcuno spiraglio alla GPA in Italia e induce a riconnettere un elevato disvalore, senza distinzione delle condotte altruistiche e solidali da quelle puramente commerciali. Eppure, le condizioni di infertilità femminile da cui prendiamo le mosse giustificano una rimediazione della posizione totalmente restrittiva, atteso che la gestazione in sostituzione, se condotta per spirito solidaristico e attuata con le opportune garanzie per i soggetti coinvolti a partire dal nascituro, consente la realizzazione di un progetto di genitorialità responsabile di chi, pur potendo fornire i gameti per la fecondazione artificiale, non può altrimenti procreare. In questo senso, il divieto assoluto trascura alcuni interessi che hanno un sicuro fondamento costituzionale e che potrebbero essere diversamente bilanciati con quelli che ne ispirano la *ratio*: la dignità della donna, minacciata qualora la pratica si svolga in contesti di povertà che coartano la volontà e alimentano forme di sfruttamento del corpo femminile; la protezione del nascituro che, naturalmente, non può essere considerato alla stregua di una merce di scambio. Questi pericoli hanno finora assorbito la visione del nostro legislatore il quale, sancendo un divieto indiscriminato, finisce per uniformare il trattamento giuridico di situazioni molto diverse.

In ogni caso, il divieto sancito dalla legge n. 40/2004 si è rivelato finora inefficace a ridurre gli abusi e assolutamente inidoneo ad arrestare una pratica diffusa nel mondo.

Il non esiguo numero di nati mediante gestazione condotta da donna estranea alla coppia e la necessità di salvaguardare il superiore interesse dei figli a veder riconosciuto lo *status* legalmente acquisito all'estero nel rapporto con entrambi i genitori d'intenzione e/o sociali, ha fatto consolidare a livello europeo e nei singoli ordinamenti nazionali orientamenti giurisprudenziali tendenti a stabilizzare i legami familiari così insorti a partire, naturalmente, da quello con il genitore che ha partecipato alla procreazione fornendo i propri gameti. Genitore rispetto al quale non si pone un problema di rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero per contrarietà all'ordine pubblico.

L'urgente necessità di una normativa che protegga appieno i minori, preservando il loro interesse alla doppia genitorialità, ha indotto nel 2021 la Corte costituzionale a rivolgere un monito al legislatore affinché, nell'esercizio della sua discrezionalità, individui soluzioni capaci di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi dei nati da maternità surrogata (sentenza n. 33 del 2021, nota come “dei due padri”⁶), ferma restando, nel giudizio finora espresso dal Giudice delle leggi, la legittimità della scelta politica di disincentivare il ricorso alla pratica.

Alcune iniziative parlamentari, sollecitate dal crescente fenomeno del cd. turismo riproduttivo, si erano fino a quel momento limitate a cercare di rafforzare la logica repressiva mediante l'estensione dell'ambito territoriale di punibilità del reato alle condotte tenute all'estero da cittadini italiani (proposte di legge Carfagna n. 2599 del 20 luglio 2020 e Meloni n. 306 del 23 marzo 2018). Ancora una volta senza considerare che, come emerge dall'analisi delle legislazioni che si sono occupate del fenomeno nel mondo, esistono diversi model-

⁴ Relazione annuale 2021 del Parlamento europeo sui diritti umani.

⁵ Relazione annuale 2019 del Parlamento europeo sui diritti umani.

⁶ Corte cost., 9.3.2021, n. 33, in *Dir. fam. e pers.*, 2021, I, 528.

li di GPA, rispondenti a differenti scopi e modalità di attuazione.

È probabilmente utile ricordare che a ricorrere alla maternità surrogata all'estero sono sia coppie omosessuali maschili, sia – e in maggior numero – coppie eterosessuali.

In ogni caso, a seconda del ruolo che la donna estranea alla coppia assume nella procreazione, si distingue: il caso della cd. madre incubatrice/gestante, che accoglie nel suo utero l'embrione formato da seme e ovocita forniti dalla coppia cd. committente o, eventualmente, da uno o due donatori di materiale genetico; e il caso della cd. madre vicaria che assume un ruolo completo di generatrice, in quanto porta avanti una gravidanza alla quale contribuisce con il proprio ovocita. Questa seconda forma di GPA, implicando un legame genetico della gestante con il nato, solleva maggiori perplessità e, difatti, è vietata dalla gran parte delle nazioni, pur essendo realizzabile – dalla notte dei tempi – per via naturale, con esercizio del diritto all'anonimato della partoriente e riconoscimento del nato da parte del padre biologico, cui può far seguito l'istanza della moglie di adozione del figlio del coniuge (*ex art. 44, lett. b), l. n. 184/1983*).

Le donne affette dai problemi di salute riproduttiva dai quali abbiamo preso le mosse sono per definizione interessate alla prima tipologia di GPA. Se parti di una coppia eterosessuale con partner non sterile, possono realizzare un progetto di procreazione che assicura il legame biologico di entrambi i genitori con il nato, limitando l'apporto della donna terza alla fase della gestazione.

In questo caso, è pienamente rispettato il principio del *favor veritatis* che, nel modello codicistico tradizionale, privilegia il dato biologico nella costituzione del rapporto di filiazione.

Ad essere evidentemente derogata, invece, è la norma secondo la quale madre è colei che partorisce (art. 269, comma 3°, c.c.) che, nella procreazione naturale, esprime il rassicurante principio secondo il quale *mater semper certa est*. Ma si tratta di una regola che opera sul piano probatorio e che ricava la sua valenza dal concepimento mediante atto sessuale, unico modello di procreazione al quale si riferisce il sistema normativo che la contempla.

Questa logica, invece, è estranea alla procreazione artificiale nella quale la fecondazione eterologa ha già scardinato la coincidenza tra madre gestazionale, madre genetica e madre sociale e ha comportato l'adozione di criteri di attribuzione della maternità legale diversi dal legame biologico.

Discostarsi dalla norma che associa indissolubilmente la maternità al parto, dunque, è certamente possibile: l'atto procreativo, quali che siano le modalità del suo realizzarsi, resta il presupposto di fatto della filiazione, ma essa diviene rapporto giuridico quando la relazione tra genitori e figli è accertata secondo le modalità che il diritto stabilisce. Queste modalità, lo si è detto, privilegiano il dato genetico, assecondando il legame di sangue, ma ne fanno altresì prescindere quando entrano in gioco ulteriori interessi, primo tra tutti quello del minore a crescere in una comunità stabile di affetti che giustifica una divergenza tra la verità biologica e la conservazione dello *status* di figlio acquisito per via legale. È difatti oramai matura nel nostro ordinamento l'idea secondo la quale la "provenienza genetica" non costituisce più un requisito imprescindibile della famiglia, atteso il rilievo autonomamente riconosciuto alla genitorialità sociale.

Di tutti questi aspetti e molti altri occorre tener conto nel valutare l'ammissibilità di una maternità ottenuta mediante gravidanza condotta da una donna che fin dal principio è previsto, per accordo tra coloro che partecipano alla procreazione, non assumerà né legalmente, né socialmente il ruolo di madre. Una genitorialità così concepita mette in discussione molte regole della nostra tradizione giuridica, sebbene solo da alcune occorra discostarsi con riguardo al modello di GPA al quale chiedono di accedere le donne infertili, ma non sterili, insieme ai loro partner.

In altri ordinamenti queste istanze hanno superato il vaglio di meritevolezza e compatibilità con i valori costituzionali, a partire dalla dignità umana. La legislazione portoghese, recentemente modificata a seguito di una pronuncia del Tribunale costituzionale⁷, ammette la GPA quale metodo di

⁷ *Acórdão do Tribunal Constitucional* n. 225/2018.

procreazione sussidiario ed eccezionale, basato sul consenso delle parti che, animate da spirito solidaristico, stringono un accordo gratuito la cui attuazione deve essere autorizzata da un ente amministrativo. Vi possono accedere le coppie per le quali sia accertata l'infertilità femminile a causa di assenza, lesione o malattia dell'utero o altra condizione clinica che impedisca alla donna la gravidanza in modo assoluto e definitivo, con l'obbligo di utilizzare i gameti di almeno uno dei genitori beneficiari e il divieto di utilizzare ovociti della gestante (v. art. 8 l. n. 32/2006 sulla *Procriação medicamente assistida*, come modificato dalla l. n. 90/2021, la quale ha introdotto due nuovi articoli, 13 A e 13 B, che regolano i diritti e i doveri della *gestante de substituição*). Resta punita con la reclusione e una multa la *Gestação de substituição a título oneroso* (art. 39).

Si tratta, dunque, di scelte di politica legislativa che rientrano nella discrezionalità del Parlamento. Una volta messa a fuoco la meritevolezza dell'interesse alla genitorialità, quale forma di realizzazione della personalità, che certamente si ripercuote positivamente oltre la sfera della costituenda famiglia e che, in moltissimi casi, trova ulteriore fondamento nel diritto alla salute riproduttiva, spetta al legislatore l'introduzione di una disciplina che sappia coniugare la libertà di procreare con gli altri interessi in gioco, mantenendo l'ordinamento al passo con l'evoluzione della tecnica e dei fenomeni sociali, senza rinunciare alla funzione regolatoria del diritto.

Se si procedesse in questa direzione, occorrerebbe definire i criteri di attribuzione della genitorialità legale e regolare l'accordo condizionandone l'ammissibilità allo spirito altruistico e di solidarietà sociale. Il contenuto potrebbe essere in parte eterodeterminato con norme inderogabili di modo che la tecnica di PMA utilizzata rispetti condizioni e modalità prestabilite che, a loro volta, rispondono allo scopo di assicurare i diritti di tutte le persone coinvolte, assicurando al nascituro la certezza e la stabilità del legame con i soggetti destinati ad accoglierlo come genitori e preservando il suo diritto a conoscere per lo meno la modalità delle proprie origini.

Ora, nell'individuare i soggetti destinati ad assumere la responsabilità genitoriale, è evidente che

il criterio del superiore interesse del minore, in un vaglio riferito a una futura nascita, deve essere combinato con il criterio volontaristico, sul quale si incentra la vigente disciplina della PMA. Il consenso informato delle parti può dunque guadagnare un ulteriore spazio nell'attribuzione degli *status* familiari nella misura in cui, rispettando i valori fondamentali della persona, esprima volontà indirizzate a costituire un nucleo familiare predefinito, idoneo ad accogliere la nuova vita, ad assolvere i compiti di cura del nato e a consentire un armonioso sviluppo della sua identità.

La disciplina dell'accordo di gestazione per altri, a sua volta, necessita che siano affrontati diversi nodi problematici. I più delicati attengono alla vincolatività e coercibilità degli impegni assunti. Per colei che diverrà gestante la (ir)revocabilità del consenso a portare avanti la gravidanza prima e ad affidare poi il nato ai genitori d'intenzione, tenendo ferma la rinuncia preventiva a legami giuridici con il medesimo e, ovviamente, allo *status* di madre. Per chi accede alla pratica nel ruolo di genitore l'irrevocabilità del consenso alla procreazione e dell'assunzione di responsabilità verso il nato.

Dato per scontato che durante la gestazione la donna che porta in grembo il nascituro debba mantenere il diritto di interrompere la gravidanza che diventi fonte di pericolo per la sua vita e la sua salute, maggiori perplessità suscita la possibilità di riconoscerle un ripensamento fin dopo il parto, come fanno la maggior parte delle legislazioni, seppure entro un termine piuttosto breve dalla nascita. A mio avviso, nel quadro delineato, la gestazione – fondamentale periodo di assoluta dedizione della donna che decide liberamente di collaborare a un progetto procreativo altrui mettendo a disposizione il proprio corpo in una logica donativa – non dovrebbe autorizzare ripensamenti sul proposito iniziale. Altra cosa sarebbe configurare un diverso tipo di legame giuridico con il nato, destinato a stabilizzare i rapporti tra le parti, eventualmente introducendo una nuova concezione di parentela, come ipotizza la sociologa Chiara Saraceno, o regolando il rapporto con

la gestante come suggerì il Tribunale di Roma in un caso affrontato nel lontano 2000⁸.

Su questi profili, la proposta di legge n. 3016 – prima firma Termini – presentata il 13 aprile 2021, recante una “Disciplina della gravidanza solidale e altruistica”, dopo aver stabilito i criteri soggettivi e oggettivi di accesso alla pratica, sia per chi intende assumere il ruolo genitoriale (in coppia o come singolo), sia per la gestante, opportunamente stabilisce che quest’ultima, rigorosamente già madre naturale di almeno un figlio proprio vivente, una volta assunto l’impegno «*a ospitare nel proprio utero un embrione ottenuto attraverso le tecniche di fecondazione in vitro e senza l’utilizzo dei propri gameti, a favorirne lo sviluppo fino alla fine della gravidanza e a partorire*» ed espresso «*il consenso al riconoscimento dei diritti genitoriali sul nascituro in favore del genitore singolo o della coppia*» (art. 5, comma 1°), possa revocare tale consenso solo fino al trasferimento in utero dell’embrione, momento che segna il riconoscimento del rapporto di genitorialità con il nascituro da parte dei genitori d’intenzione (art. 7, comma 9°).

Successivamente, se la gravidanza è confermata, il consenso della gestante può essere revocato solo qualora decida di accedere all’interruzione volontaria della gravidanza (art. 7, comma 7°), mentre se la stessa viene portata a termine si esclude l’instaurazione di una relazione giuridica, economica e sociale della partoriente con il nato (art. 5, comma 7°). È fatta salva un’ulteriore ipotesi del tutto eccezionale: qualora sorga una controversia tra le parti in merito al riconoscimento del rapporto di genitorialità con i nati, il Tribunale competente può decidere di riconoscere la genitorialità in favore della gestante (art. 5, comma 7°). I dati di cui disponiamo a livello mondiale testimoniano, peraltro, un bassissimo indice di conflittualità nella gestazione in sostituzione solidale.

Nel disegno legislativo, volto ad ammettere alla pratica sia le donne che non possono condurre una gravidanza «*per ragioni medico-fisiologiche*», sia coloro per i quali l’impedimento discenda da «*situazioni personali, di carattere psicologico o*

sociali, oggettivamente valutabili», i donatori di gameti, ove vi si ricorra, non acquisiscono alcuna relazione giuridica parentale, né alcun diritto nei confronti dei nati, analogamente a quanto già previsto dalla l. n. 40/2004 per la fecondazione eterologa (art. 1 lett. g) della proposta).

Per contro, chi ha prestato il consenso come genitore non può revocarlo a partire dal trasferimento in utero dell’embrione e «*non può esercitare alcuna azione di disconoscimento o di negazione del rapporto di filiazione*» (art. 7, comma 6°). Si impegna, inoltre, «*ad assumere la piena custodia e responsabilità dei nati, acquisendo la responsabilità genitoriale, a prescindere dalle caratteristiche fisiche degli stessi o dall’eventuale presenza di malattie, anche genetiche*» (art. 5, comma 9°).

Una disciplina così costruita, oltre a rispondere al problema della infertilità femminile, consoliderebbe una genitorialità basata su una consapevole e volontaria assunzione di responsabilità verso i nati, allargando l’accesso alle tecniche procreative alle coppie maschili *same sex*, attualmente escluse, e addirittura al genitore singolo.

Lo stravolgimento del modello tradizionale di famiglia è da tempo in atto e non è detto sia un male.

⁸ Trib. Roma, ord. 17.2.2000, in *Foro it.*, 2000, I, 972.