

**PORTOGALLO****Il Tribunale costituzionale si pronuncia sulla “gestazione per altri”**

26/04/2018

Con l’*Acórdão* n. 225/2018, del 24 aprile, il Tribunale costituzionale portoghese ha accolto parzialmente un ricorso presentato da trenta deputati dell’*Assembleia da República* nei confronti di alcune disposizioni della legge n. 32/2006, del 26 luglio, sulla procreazione medicalmente assistita (d’ora in avanti, LPMA)<sup>1</sup>, come novellati dalle leggi n. 17/2016, del 20 giugno, e n. 25/2016, del 22 agosto<sup>2</sup>. Le disposizioni denunciate riguardavano la disciplina della “gestazione per altri”<sup>3</sup>, che è entrata in vigore nel mese di agosto 2017 dopo l’approvazione del regolamento di attuazione (*decreto regulamentar* n. 6/2017, del 31 luglio)<sup>4</sup>.

L’art. 67, comma 2, lettera e), della Costituzione portoghese pone il dovere dello Stato di disciplinare la procreazione assistita in termini che salvaguardino la dignità umana.

In Portogallo, il ricorso alla gestazione per altri è circoscritto a situazioni eccezionali, ovvero quando l’assenza, la lesione o la malattia dell’utero impediscano alla donna in modo assoluto e definitivo la gravidanza o quando vi siano altri quadri clinici che lo giustifichino (art. 8, comma 2, LPMA). Si devono utilizzare gameti di almeno uno dei beneficiari e non si possono utilizzare ovociti della gestante (art. 8, comma 3, LPMA). Il bambino risulterà figlio dei beneficiari (art. 8, comma 7, LPMA).

---

<sup>1</sup> Il testo della legge (in lingua portoghese) è reperibile *on line* alla pagina [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=903&tabela=leis&ficha=1&pagina=1](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&ficha=1&pagina=1).

<sup>2</sup> Il testo della sentenza (in lingua portoghese) è reperibile *on line* alla pagina <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. Il comunicato stampa (in portoghese) può essere consultato alla pagina <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/imprensa02-bd4453.html>.

La sentenza reca la *declaração de voto* (dissenziente o concorrente) di quasi tutti i membri del collegio (Maria de Fátima Mata-Mouros, Gonçalo de Almeida Ribeiro, Maria José Rangel de Mesquita, José António Teles Pereira, Fernando Ventura, Catarina Sarmiento e Castro, Joana Fernandes Costa, João Pedro Caupers, Maria Clara Sottomayor, Lino Ribeiro e Claudio Monteiro).

<sup>3</sup> Il legislatore ha optato per l’utilizzo dell’espressione *gestação de substituição* anziché *maternidade de substituição* onde evitare equivoci e ambiguità etiche ed antropologiche collegati a quest’ultima, che implicino un’accettazione tacita della frammentazione della maternità biologica (genetica ed uterina), sociale e giuridica. V. in proposito il FJ 8 della decisione.

<sup>4</sup> Sulla disciplina portoghese, v. V. L. RAPOSO, *The new Portuguese law on surrogacy - The story of how a promising law does not really regulate surrogacy arrangements*, in *JBRA Assisted Reproduction*, 21(3), 2017, 230-239, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5574646/pdf/jbra-21-03-0230.pdf>, ed E. SOARES, *Portugal: New Law Further Regulates Surrogate Pregnancy*, 14 agosto 2017, <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/portugal-new-law-further-regulates-surrogate-pregnancy/>.

Prima di poter sottoscrivere un contratto di gestazione per surrogazione è necessario ottenere l'autorizzazione del Consiglio nazionale per la procreazione medicalmente assistita, sentito l'Ordine dei medici (art. 8, comma 4, LPMA).

Il contratto deve avere forma scritta ed essere a titolo gratuito; la legge autorizza solo il rimborso delle spese mediche e di trasporto debitamente giustificate (art. 8, commi 2 e 5, LPMA). Il contratto non può essere concluso se esiste un rapporto di dipendenza economica tra le parti, in particolare qualora esista un rapporto di lavoro o di prestazione di servizi (art. 8, comma 6, LPMA). Riguardo al contenuto del contratto, si deve prevedere il comportamento da osservare in caso di malformazioni o malattie del feto ed in caso di interruzione volontaria della gravidanza (art. 8, comma 10, LPMA).

La legge sanziona con la nullità i contratti, a titolo oneroso o gratuito, che non rispettino i requisiti previsti dalla legge (art. 8, comma 12, LPMA).

La pronuncia del Tribunale costituzionale ha riguardato la legittimità di tre profili: a) il riconoscimento della gestazione per altri; b) la regola dell'anonimato dei donatori e della gestante; c) la regola che dispensa automaticamente dall'indagine sulla paternità del figlio nato da una donna che si sia sottoposta a tecniche di procreazione medicalmente assistita.

a) Il Tribunale costituzionale ha ritenuto che la gestazione per altri, così come è stata concepita dal legislatore portoghese – cioè, come metodo di procreazione sussidiario ed eccezionale, basato sul consenso pieno delle parti interessate, in condizioni molto specifiche di infertilità, mediante un contratto a titolo gratuito previamente autorizzato da un ente amministrativo<sup>5</sup> – non viola di per sé la dignità della gestante<sup>6</sup> e del bambino<sup>7</sup>, e neppure l'obbligo dello Stato di proteggere l'infanzia<sup>8</sup>.

Tuttavia, ferma restando la legittimità, in generale, della gestazione per altri, il Tribunale costituzionale ha dichiarato incostituzionali talune disposizioni della LPMA; in concreto, sono state censurate le seguenti previsioni.

i) I limiti alla revoca del consenso prestato dalla gestante, che poteva avvenire solo prima di iniziare le tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 8, comma 8, in combinato disposto con l'art. 14, comma 5, LPMA). Il legislatore non aveva tenuto conto del fatto che la gestante potrebbe volersi ritirare dal progetto genitoriale dei beneficiari perché potrebbe

---

<sup>5</sup> Sui tratti essenziali del sistema portoghese, v. i FFJJ 9 e 21-22. Il Tribunale costituzionale ha fatto riferimento al diritto internazionale ed eurolunitario nei FFJJ 10-12, al diritto comparato nei FFJJ 13-20.

<sup>6</sup> Ad avviso del Tribunale costituzionale, nel caso portoghese non si può dire che la gestante sia sfruttata economicamente, né si può parlare di una "schiavitù temporanea ammessa". La gestante ed i beneficiari si impegnano, liberamente e reciprocamente, in un progetto che in molti aspetti essenziali avviene con la partecipazione di tutti. La motivazione principale della gestante è dare risposta ad uno stimolo altruistico, che le è proprio e che la porta a dare se stessa per aiutare altri a vincere difficoltà che loro stessi non sono in grado di superare. La gestante accetta, quindi, di partecipare ad un progetto di vita ed esprime in questa scelta la sua personalità. La legge autorizza un atto di donazione che non degrada né strumentalizza la gestante. V. i FFJJ 24-30.

<sup>7</sup> Come era già stato stabilito, analogamente, nel caso di figli nati in seguito all'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita. V. i FFJJ 31-33.

<sup>8</sup> V. i FFJJ 35

non intendere più portare la gravidanza a termine (sottoponendosi ad un'interruzione volontaria della gravidanza nei casi autorizzati dalle leggi) oppure perché potrebbe volerla portare a termine, ma con un progetto genitoriale proprio<sup>9</sup>.

La disciplina della revoca mancava di proporzionalità e violava il diritto fondamentale allo sviluppo della personalità (interpretato in conformità con il principio della dignità umana) ed il diritto a formare una famiglia. Il giudizio di illegittimità si è esteso, per identici motivi, anche all'art. 8, comma 7, LPMA, che prevedeva che il bambino fosse sempre figlio dei beneficiari, senza tener conto di un'eventuale revoca del consenso della gestante.

*ii) L'incertezza giuridica riguardo allo status di filiazione dei bambini nati in seguito alla dichiarazione di nullità del contratto (art. 8, comma 12, LPMA). La legge non aveva introdotto alcuna modulazione in base al tempo che fosse passato o alla rilevanza dei motivi invocati per giustificare la dichiarazione di nullità, andando così a ledere l'interesse superiore del bambino e violando il diritto all'identità personale ed il principio di certezza del diritto, derivante dal principio dello stato di diritto democratico<sup>10</sup>.*

*iii) L'eccessiva indeterminatezza della legge relativamente ai limiti all'autonomia delle parti ed alle possibili restrizioni nei confronti del comportamento della gestante (art. 8, commi 4, 10 e 11, LPMA). Il legislatore si era limitato, da un lato, a stabilire che il contratto dovesse prevedere come agire in caso di malformazioni o malattie del feto ed in caso di interruzione volontaria della gravidanza, e, dall'altro, a vietare l'introduzione di clausole che incidessero sulla dignità e sui diritti della gestante. Tutto ciò non permetteva di stabilire quali fossero i parametri di concretizzazione prevedibili ad opera delle parti né forniva criteri materiali sufficientemente precisi e suscettibili di essere controllati dal Consiglio nazionale per la procreazione medicalmente assistita, violando così il principio di determinabilità delle leggi, corollario del principio dello Stato di diritto democratico<sup>11</sup>.*

b) La regola dell'anonimato dei donatori (nel caso si utilizzassero tecniche di procreazione eterologa) e della madre surrogata (art. 15, commi 1 e 4, LPMA) è stata ritenuta illegittima<sup>12</sup>.

La disciplina non permetteva che si potessero valutare le circostanze delle concrete fattispecie né, di conseguenza, che si potessero bilanciare tutti i diritti fondamentali in gioco. Considerata la crescente rilevanza delle concezioni che evidenziano quanto sia importante conoscere le proprie origini quale elemento fondamentale della costruzione dell'identità, il legislatore aveva imposto una restrizione non necessaria ed eccessiva dei diritti all'identità personale e al libero sviluppo della personalità.

---

<sup>9</sup> V. i FFJJ 39-47. Il comunicato stampa ha precisato che la decisione su questo particolare aspetto della disciplina è stata adottata a maggioranza.

<sup>10</sup> V. i FFJJ 48-50. Il comunicato stampa ha precisato che la decisione sul punto è stata adottata all'unanimità.

<sup>11</sup> V. i FFJJ 51-53.

<sup>12</sup> V. i FFJJ 54-80 (per i riferimenti di diritto internazionale e di diritto comparato, v., in concreto, i FFJJ 59-66). Il comunicato stampa ha precisato che per questa parte la decisione è stata adottata a maggioranza.

c) Per quanto riguarda la rinuncia automatica ad indagare sulla paternità quando consti il consenso all'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita (art. 20, comma 3, LPMA), il Tribunale costituzionale ha escluso la violazione della dignità umana, del principio di uguaglianza e del diritto all'identità personale. I donatori, infatti, non possono essere considerati genitori agli effetti della determinazione della filiazione<sup>13</sup>.

Il Tribunale costituzionale ha limitato gli effetti della dichiarazione di illegittimità propri del controllo astratto successivo<sup>14</sup>. In ossequio al principio di certezza del diritto ed ai diritti fondamentali coinvolti, nonché al dovere di tutela dell'infanzia, ha deciso che i processi terapeutici di gestazione per altri già avviati, con contratti approvati dal Consiglio nazionale di procreazione assistita, non sarebbero stati interessati dalle anzidette dichiarazioni di incostituzionalità.

*Carmen Guerrero Picó*

---

<sup>13</sup> V. i FFJJ 81-82.

<sup>14</sup> V. il FJ 83.