



## APPROFONDIMENTO BIOETICA

# ANCORA A DIFESA DEL BAMBINO NELLA C.D. GESTAZIONE PER ALTRI (G.P.A)\*

di Franco Vitale

## 1. Considerazioni generali.

L'evoluzione della scienza e della tecnica in tema di genetica umana negli ultimi tempi è stata notevole, ed anche di "sconvolgimento di tecniche e finalità" <sup>1a</sup> a riguardo della procreazione artificiale che tende a espandersi e ad accantonare la generazione naturale.

Dopo lunga elaborazione ed accesi dibattiti si è reso necessario, per salvare la dignità umana (- che compete ad ogni persona sin dal concepimento -), l'intervento del legislatore, il quale con la legge del 19 febbraio 2004 n. 40 ha ribadito i principi affermati dalla Costituzione Italiana <sup>1b</sup> ed ha fissato limiti e controlli da non consegnare solo alla tecnica ed alla medicina con le sue "regole deontologiche" <sup>2</sup>.

Le tematiche in questione attengono ad interessi del tutto fondamentali,

dalla nascita dei nuovi bambini allo sviluppo e continuità della comunità civile.

Non può, quindi, mancare la riflessione giuridica da parte della giurisprudenza e della dottrina, al fine del richiamo dei valori e dei concetti che reggono e guidano l'ordinamento.

## 2. La pratica, illecita, della c.d. maternità surrogata, o gestazione per altri.

**2.1** A fronte delle propensioni ad introdurre in Italia la maternità in surroga, si devono preliminarmente addurre concetti che escludano confusione:

- la procreazione artificiale è procedura tecnica;
- la maternità è concetto di valore che attiene alla realtà delle persone, cioè

\* Si richiama il precedente lavoro: F. Vitale, Dalla parte del bambino "nella pratica della gestazione per altri", in Si allavita web, Rivista on-line a cura del Movimento per la Vita italiano, ottobre 2020.

<sup>1a</sup> Cfr. Alberto Trabucchi, Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista, in Rivista di diritto civile, 1986, I, pag. 495 e segg.

<sup>1b</sup> Cfr. art. 1, comma 1, L. 40/2004, nel quale si assicurano tutti i diritti del concepito alla pari degli altri "soggetti coinvolti nella P.M.A."

<sup>2</sup> Cfr. Alberto Trabucchi, op. cit., loc. cit., pag. 496.

della madre e del bambino.

**2.2** Da dottrina, nel prospettare “le modalità concrete” della “maternità in sostituzione”, si perviene a ritenere detta pratica “una nuova tecnica di procreazione medicalmente assistita (c.d. P.M.A.)” <sup>3</sup>.

Questa conclusione incontra, però, le critiche della Corte Costituzionale che nella sua sentenza del giugno 2014 n. 162, pur avendo ammesso la procreazione medicalmente assistita eterologa, cui “possono far ricorso esclusivamente le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi” <sup>4</sup>, con rigore e chiarezza, al punto 9, afferma che la P.M.A. eterologa va “tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche quali la cosiddetta surrogazione di maternità, espressamente vietata dall’art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004”: norma penale, non sottoposta a censura di incostituzionalità, e che “in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla ... pronunzia” in esame e che, quindi, mantiene “perdurante validità ed efficacia” <sup>5</sup>.

Altro rilievo critico: considerare la surroga di maternità una tecnica di P.M.A. porta tendenzialmente ad aperture sull’ammissibilità della stessa

nel nostro ordinamento; il che è sempre in contrasto con la Consulta che con la sentenza del 18 dicembre 2017 n. 272 <sup>6</sup> esprime un giudizio gravissimo sulla maternità in surroga che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”; ed evidenzia “l’elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette” a detta pratica.

**2.3** Altra dottrina <sup>7</sup> mette la maternità surrogata nell’ambito della procreazione medicalmente assistita, escludendo che si tratti di tecnica; le tecniche procreative, però, sono “mezzo per realizzare le diverse forme di surrogazione”. L’accento viene posto sull’uso delle “tecniche procreative”; ma il mezzo non giustifica il risultato ove questo sia vietato.

Costituito in provetta l’embrione ed impiantato in utero, si svolge, secondo natura, la gestazione.

Venuto alla luce, il bambino della donna, che lo ha tenuto in grembo per il periodo di gravidanza, non può essere ceduto a committenti, sia dietro compenso o per pretesa solidarietà.

Il neonato è persona; non può essere oggetto di trasferimento previsto nell’accordo di maternità in surroga.

Il ricorso alla tecnica della procreazione artificiale è mezzo lecito; lo scopo

<sup>3</sup> Cfr. D. Mazzamuto, La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della “genitorialità sociale”, nota a Sent. Cass. Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2020, 2, pag. 393 e sgg.; in particolare vedasi pag. 398.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 10.06.2014, n. 162, in *Europa e Diritto privato*, 2014, 3, pag. 1113.

<sup>5</sup> Cfr. Corte Costituzionale n. 162/2014, cit. loc., pag. 1110.

<sup>6</sup> Cfr. Corte Costituzionale n. 272 del 18.12.2017, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018, pag. 398, loc. cit. pag. 15 e sgg.

<sup>7</sup> Cfr. I. Corti, La maternità in sostituzione, in *Trattato di Biodiritto*, S. Rodotà e P. Zatti, II, Milano, 2011, pag. 1481, 6. L’autore I. Corti è citato da Mazzamuto (- in op. cit., loc. cit. pag. 398, nota 19 -) che riporta la tesi.

nella G.P.A. è contrario al principio, fondamentale nel nostro ordinamento, della tutela della dignità di ogni essere umano che nei rapporti giuridici è sempre il soggetto, e non cosa, oggetto di consegna.

Devesi, quindi, disattendere le prospettive di una evoluzione della procreativa artificiale che conduca alla introduzione dell' "utero in affitto" nel diritto italiano.

D'altra parte, non è detto che la gestazione per altri si realizzi soltanto con l'uso delle tecniche procreative. La gravidanza può ben aver inizio da un rapporto naturale di fecondazione nella coppia eterosessuale che abbia stipulato l'accordo (- illecito -) di gestazione per altri, con conseguente cessione (- illecita -) del neonato.

A questo punto interviene il diritto che pone la regola con limiti alla autonomia privata e conseguente tutela della persona e dei suoi diritti inviolabili di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione Italiana.

### 3. L'accordo di gestazione per altri.

Nella stipula del patto in esame i committenti chiedono ad una donna, dietro pagamento o senza compenso, di procedere alla gravidanza e, subito dopo il parto, consegnare agli stessi il bambino neonato.

**3.1** La suddetta convenzione nega, e contraddice, la maternità. Questa si identifica nel rapporto biologico tra i due soggetti madre e figlio<sup>8</sup> che inizia con il concepimento, si svolge con la gestazione sino al parto; e dopo la nascita il legame tra il bambino e la mamma perdura sino alla morte di uno dei due.

La relazione di maternità è regolata dalle norme del diritto di famiglia e, in particolare, si richiama l'art. 269 c.c. secondo cui è madre colei che ha partorito il bambino tenuto in seno durante la gravidanza.

Si pone in evidenza che il rapporto di maternità ha tutela costituzionale per il disposto dell'art. 31, comma 2, Cost., e, perciò, si colloca fra i principi fondamentali dell'ordinamento.

La comunità civile sorge, si espande, e con la sua continuità si evolve nello Stato, propriamente per la generazione, assicurata dalla maternità.

La maternità in surroga, e conseguente cessione-vendita del neonato, fa della donna che si sottopone a tale procedura uno strumento, come se fosse un utero artificiale.

Si svisciva la donna, di cui si lede la dignità, si sconvolge la maternità, di cui si annulla la valenza costituzionale, e si turba gravemente la generazione con la menomazione della identità

<sup>8</sup> Cfr. Lipari, La maternità e la sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: problemi e prospettive, in Rassegna di diritto civile, 1986, 571.

personale del bambino, venuto alla luce per "surroga della maternità", al quale vengono sottratti i benefici della vita uterina <sup>9</sup> acquisiti e sorretti nel periodo di gestazione dal forte legame con la madre, che si protrae dopo il parto per tutta l'esistenza.

Il patto di "utero in affitto" per la lesione ai suddetti principi e la contrarietà all'art. 31, comma 2, Cost., attesa inoltre la sanzione penale comminata dall'art. 12, comma 6, legge n. 40 del 19 febbraio 2004, viola l'ordine pubblico, ed è, quindi del tutto nullo e privo di qualsivoglia efficacia.

### 3.2 La norma dell'art. 1, comma 1, del codice civile italiano.

La totale ed inconfutabile nullità dell'accordo di maternità in surroga si determina anche a causa della trasgressione, gravissima, del disposto del primo articolo del codice civile.

È di interesse la disamina dell'oggetto della pratica della gestazione per altri. L'oggetto si ravvisa dalla causa dell'accordo; la causa si identifica nell'intento diretto al trasferimento del bambino dalla madre che lo ha partorito ai committenti.

L'oggetto della pattuizione in esame è, quindi, il bambino neonato.

La norma dell'art. 1, comma 1, del codice civile stabilisce che la capacità

giuridica si acquista al momento della nascita.

Il neonato, pertanto, ha la capacità giuridica, che, secondo la dottrina giuridica civilistica pressoché unanime <sup>10</sup>, attribuisce la titolarità dei diritti previsti dalle leggi dello Stato e, in primo luogo, dei diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti e garantiti dagli artt. 2 e 3 della Costituzione Italiana.

Si richiama il pensiero dell'insigne giurista Falzea <sup>11</sup> per il quale "la soggettività giuridica si manifesta nella capacità giuridica ...". Ed ancora piace riportare: la capacità giuridica "indica la posizione generale del soggetto in quanto destinatario degli effetti giuridici". Questi "si collegano necessariamente ad un soggetto" <sup>12</sup>.

L'identificazione della capacità giuridica con la personalità giuridica è l'asserto della quasi totalità della dottrina.

Da quanto esposto consegue ineccepibilmente che il bambino neonato è persona di pieno diritto, soggetto di ordine giuridico nei rapporti che lo riguardano: la sua riduzione a cosa, quale oggetto di vendita o di cessione è inammissibile, e non potrà mai essere accettata dal nostro ordinamento diretto essenzialmente, ed in via primaria, alla tutela della persona umana.

<sup>9</sup> Cfr. F. Vitale, op. cit., loc. cit. in epigrafe, paragrafo 2.

<sup>10</sup> Ex multis: S. Pugliatti, Gli Istituti di diritto civile, Milano 1943, 108; P. Rescigno, Capacità giuridica, in Dig. Disc. Priv. Sez. civ., II, Torino 1988, 218; P. Cendon, Commentario al Codice civile, Giuffrè edit. 2009, vol. I, 474; F. Galgano, in Trattato di diritto civile, vol. I, III ediz., CEDAM 2015, pag. 144 e segg.

<sup>11</sup> Cfr. A. Falzea, Capacità (teoria generale) in Enciclopedia del diritto, VI, Milano, 1960, pag. 17.

<sup>12</sup> Cfr. A. Falzea, op. cit., loc. cit., pag. 18.

Non si può sostenere in alcun modo che dal patto di maternità surrogata derivino effetti, anche indiretti, a sostegno della pretesa (illecita) di acquisire dalla madre dopo la gestazione il bambino partorito; l'accordo intercorso è del tutto nullo, contrario all'ordine pubblico <sup>13</sup> ed in totale contrasto con la dignità ed i diritti inviolabili dell'uomo sanciti dalla Costituzione Italiana nel disposto degli artt. 2 e 3 sopra richiamati.

È di tutta evidenza che con la pratica (- illecita -) della maternità in surroga si muta la persona di piena capacità giuridica - il neonato - in cosa e se ne accetta l'avvilimento che attiene alla schiavitù.

Questa condizione si ravvisa, come già detto, anche a riguardo della madre che dopo il parto deve cedere il bambino appena nato ai committenti.

Rimane, a conforto, che la donna, che ha tenuto in grembo il bambino (la madre vera, e tutelata dall'art. 269 cod. civ.), stante l'insanabile nullità della pattuizione, può rifiutare la consegna; ed, ancora, sempre per la inesistenza giuridica di qualsivoglia effetto connesso al c.d. utero in affitto, il figlio - il bambino ceduto - potrà lasciare la situazione di fatto determinatasi a seguito della cessione e tornare dalla madre che lo ha partorito.

#### 4. La maternità surrogata "solidaristica".

La problematica sul suddetto tema si basa sull'attenzione al "prevalente interesse del minore" <sup>14</sup>.

Va posto subito in luce che ogni considerazione sul predetto interesse si trae ex post, quando si è pattuita e messa in atto la gestazione per altri.

Il prevalente interesse del minore viene collegato alla responsabilità genitoriale, ma deve essere riscontrato che detto interesse si verifica successivamente allo svolgersi della gravidanza in surroga ed alla cessione del neonato.

L'ammissibilità della surrogazione di maternità "solidaristica" si pone come un prius. L'interesse prevalente del minore viene dopo la gestazione e cessione, e, quindi, non può essere preso come criterio per recepire la pratica qui avversata <sup>15</sup>.

Nell'accordo di maternità surrogata "solidaristica" si considera solo l'intento di donazione a favore del soggetto che chiede il figlio. Non viene in rilievo, a riguardo del neonato ceduto, il trauma che lo stesso subisce, talmente grave da compromettere la sua personalità sulla quale va ad incidere lo spezzarsi ed il venire meno di quella identità che sin dal concepimento, o dall'impianto in utero, si nutre da colei che per nove

<sup>13</sup> Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un., 8 maggio 2019 n. 12193, in Il Diritto di Famiglia e della Persona, 2019 n. 3; Corte Costituzionale, sentenza n. 221 del 23.10.2019, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>14</sup> Cfr. V. Scalisi, La maternità surrogata: come "Far cose con regola", in Rivista del diritto civile, 2017, 5, 1097 e segg.; in particolare pag. 1108 e segg.

<sup>15</sup> Cfr. F. Vitale, Brevi annotazioni sulla veridicità del rapporto di filiazione e sulla maternità surrogata, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272, in [www.vitanews.org/2018/09/30/maternita-surrogata-e-rapporti-di-filiazione-di-franco-vitale](http://www.vitanews.org/2018/09/30/maternita-surrogata-e-rapporti-di-filiazione-di-franco-vitale).

mesi lo porta in grembo e gli consente di nascere.

La pattuizione, cui si è accennato, rientra nell'ambito della riflessione che ne rileva la totale nullità per le ragioni tutte sopra indicate.

## 5. Conclusione.

**5.1** Il nostro ordinamento giuridico, con la normativa suesposta, confermata dalla Giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, tutela il bambino sottraendolo alle conseguenze dell'"utero in affitto", penose e laceranti perché il neonato viene tolto alla madre.

**5.2** Dalla pronuncia della Consulta (sent. n. 221 del 2019) si ripropongono le risolutive considerazioni sulla essenziale differenza tra adozione e prassi di gestazione per altri: "l'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando"; non dà un figlio

alla coppia; dà, invece, "una famiglia al minore che ne è privo"; e questo è ben diverso da quel che succede nella maternità surrogata che si pratica per "dare un figlio non ancora venuto all'esistenza ad una coppia" <sup>16</sup>; ed il bambino appena partorito che viene ceduto non è il figlio dei committenti, è figlio della madre che per tutta la gravidanza lo ha nutrito e l'ha fatto crescere nel corpo e nella psiche.

Ineccepibile la conclusiva asserzione: per ammettere la maternità in surroga non si può addurre il superiore interesse del minore, il quale non è ancora "venuto all'esistenza" quando si stipula l'accordo alla gestazione per altri.

**5.3** Detta pratica, sia dietro compenso che per pretesa solidarietà, è vietata in Italia ed è auspicabile che il divieto venga stabilito in tutti gli altri Paesi del mondo.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sent. 221/2019 cit., loc. cit., sub 13.2.