



Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano

A.C. 306

Dossier n° 184 - Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale
17 maggio 2022

Informazioni sugli atti di riferimento

A.C.	306
Titolo:	Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano
Iniziativa:	Parlamentare
Commissione competente :	Il Giustizia
Sede:	referente
Stato dell'iter:	In corso di esame in commissione

La proposta di legge adottata come testo base dalla Commissione giustizia interviene sull'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), che punisce con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità» per consentire che il reato di surrogazione di maternità possa essere perseguito anche quando commesso all'estero.

Quadro normativo e giurisprudenziale

In base all'[art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004](#) sono due le fattispecie penali punite con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro:

- la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione del **commercio di gameti o di embrioni**;
- la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della **surrogazione di maternità**.

In entrambi i casi, in caso di condanna, in base all'art. 12, comma 9 il medico è soggetto alla pena accessoria della sospensione dall'esercizio della professione da 1 a 3 anni. In base all'art. 12, comma 10, la struttura presso cui è stata praticata la tecnica è soggetta alla sospensione dell'autorizzazione ad eseguire interventi di procreazione assistita e alla revoca della stessa in caso di recidiva o di più violazioni dei divieti previsti dall'art. 12.

Il primo reato, relativo alla **commercializzazione di gameti ed embrioni** ha oggi, dopo la sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa ([sentenza n. 162 del 2014](#)), una portata diversa rispetto a quella che gli riconosceva il legislatore nel 2004, quando tale pratica di fecondazione era vietata.

La legittimità, a talune condizioni, della fecondazione eterologa, infatti, rende legittima anche la cessione di gameti, senza la quale l'eterologa sarebbe impraticabile; ciò non ha comportato, però, per la Cassazione penale, una abrogazione del reato. Richiamando la [direttiva 2004/23/CE](#), che prevede la gratuità e volontarietà della donazione dei tessuti e cellule umane (art. 12) e impone agli Stati di prevedere che i donatori possano solo ricevere «una indennità strettamente limitata a far fronte alle spese e inconvenienti risultanti dalla donazione», la Corte (sez. III penale, [sentenza n. 36221 del 2019](#)) ha affermato che «l'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, all'esito della pronuncia della Corte costituzionale n. 162 del 2014, punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza l'**acquisizione di gameti umani in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione**».

La seconda parte del comma 6 punisce invece «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza...la **surrogazione di maternità**».

La surrogazione di maternità (c.d. utero in affitto) è una pratica procreativa in virtù della quale una donna si impegna a portare avanti una gestazione per conto di una coppia committente e a consegnare, dopo il parto, il bambino a tale coppia. Se nella maternità surrogata in senso stretto l'embrione risulta dall'interazione di gameti maschili di un membro della coppia e gameti femminili della gestante stessa, può anche avvenire che la fecondazione abbia luogo

grazie a spermatozoi riferibili da un terzo donatore, come anche che la madre surrogata sia in concreto priva di ogni legame genetico con il neonato, avendo condotto la gravidanza a seguito dell'impianto di un ovulo già fecondato, formato dall'unione di cellule riproduttive appartenenti alla coppia c.d. committente, ovvero a terzi donatori (cd. maternità surrogata totale).

Dall'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 non emerge chiaramente né quale tipologia di maternità surrogata il legislatore intenda vietare (solo la surrogazione parziale, solo quella totale oppure entrambe), né cosa si intenda per "realizzazione" della medesima.

Nel nostro Paese la surrogazione di maternità è una **pratica illecita, penalmente sanzionata**, e la stessa Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 162 del 2014 ha precisato che la fecondazione eterologa «va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta "surrogazione di maternità", espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia».

La Corte costituzionale (sent. n. 272/2017, par. 4.2) ha inoltre definito la maternità surrogata quale pratica "che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".

Con riguardo alla definizione della condotta penalmente rilevante, dalla lettura della norma di ricava che ai fini dell'integrazione della fattispecie non è richiesta alcuna finalità lucrativa, a differenza di quanto accade per la commercializzazione di gameti e di embrioni. Più complesso è individuare i possibili autori del reato in quanto la giurisprudenza non si è espressa in merito, in assenza di una casistica relativa a fatti commessi in Italia.

La selezione dei possibili soggetti attivi del delitto è condizionata dalla accezione più o meno ampia che si attribuisce al concetto di "realizzazione di surrogazione di maternità". Accogliendo una nozione restrittiva, autore del reato sarebbe esclusivamente il medico che realizza l'intervento; in base invece a una interpretazione sistematica, la norma potrebbe applicarsi a tutti i soggetti coinvolti: l'eventuale donatore esterno alla coppia, la coppia stessa, la madre portante, il medico, oltre a quanti pongano in essere le attività prodromiche ad interventi del tipo di quello vietato. Peraltro, l'inserimento tra i soggetti attivi della madre gestazionale e della coppia di genitori biologici potrebbe ricavarsi anche dalla lettura dell'art. 12, comma 8, della legge n. 40, che non include la "surrogazione di maternità" tra i casi per i quali si stabilisce la non punibilità per l'uomo o la donna cui siano applicate le pratiche di procreazione medicalmente assistita.

L'esistenza del divieto in Italia ha portato molti cittadini a ricorrere alle pratiche di **surrogazione di maternità all'estero**, nei paesi che hanno regolamentato e consentito questa tecnica di procreazione (c.d. turismo procreativo); la maternità surrogata all'estero ha quindi posto ulteriori problemi all'ordinamento nazionale chiamando la giurisprudenza penale e quella civile a chiarire:

- se sia possibile perseguire i cittadini che realizzano la maternità surrogata all'estero, in violazione della norma nazionale ma nel rispetto della normativa straniera;
- se sia possibile perseguire tali cittadini quando chiedono in Italia la trascrizione dell'atto di nascita del minore generato mediante maternità surrogata, per i reati di alterazione di stato (art. 567 c.p.) e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali (art. 495, co. 2, n. 1, c.p.);
- se l'atto di nascita redatto all'estero, che attribuisce la genitorialità del minore generato mediante maternità surrogata alla coppia c.d. committente, sia trascrivibile in Italia nei registri dello stato civile.

Quanto ai **profili penali**, anzitutto la **Cassazione** ha **escluso l'applicabilità dell'art. 12, comma 6, ai fatti commessi all'estero**. Con la [sentenza n. 13525 del 2016](#), la V sezione ha riconosciuto la scriminante dell'esercizio putativo del diritto nei confronti di chi, all'estero, in paesi dove è consentita, ricorre a pratiche di maternità surrogata. In sostanza, il cittadino che ricorre alla maternità surrogata all'estero non può essere perseguito perché incorre in un errore di diritto inevitabile, ai sensi dell'art. 5 c.p., essendo controversa presso la giurisprudenza la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero (art. 9 c.p.), sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui fu commesso (c.d. *doppia incriminabilità*).

Con la sentenza , **n. 5198 del 2020, la Cassazione** (Sez. III, penale) ha specificato che il reato di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui all'art. [12, comma 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40](#), commesso all'estero, si consuma nel luogo in cui si sottoscrive il contratto di maternità surrogata e col compimento della gestazione per conto di altri, che si conclude con la nascita del figlio, non avendo rilevanza penale, ai fini dell'applicazione della legge italiana, le condotte iniziali volte ad acquisire informazioni sulla fattibilità della pratica, anche se poste in essere in territorio italiano. In ogni caso, l'azione penale esercitata - nel caso di reato commesso interamente all'estero - non può essere utilmente proseguita se manca la richiesta del Ministro della Giustizia di cui [all'art. 9, comma 2, c.p.](#) (v. *infra*).

Anche per quanto riguarda la **trascrizione degli atti di nascita**, la giurisprudenza penale ha escluso l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 567, comma 2, c.p. (*alterazione dello stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità*), nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate ai sensi dell'art. 15 del D.P.R. n. 396 del 2000, in ordine a cittadini italiani nati all'estero mediante la tecnica della

maternità surrogata eterologa (utero in affitto) e rese all'autorità consolare sulla base di certificato redatto dalle autorità locali che li indichi come genitori, in conformità alle norme stabilite dalla legge del luogo (cfr. Cassazione penale, Sez. V, [sentenza n. 13525 del 2016](#); Sez. VI, [sentenza n. 48696 del 2016](#)).

Parallelamente, la **Cassazione civile ha sino ad oggi negato la trascrizione** in Italia dell'atto di nascita da maternità surrogata redatto all'estero, per **contrarietà all'ordine pubblico**.

Si ricorda che, ai sensi degli artt. 15, 17 e 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (c.d. ordinamento dello stato civile) le dichiarazioni di nascita devono "farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa", con immediato inoltro all'autorità diplomatica o consolare competente, la quale trasmette gli atti all'ufficiale dello stato civile del comune italiano pertinente. Quest'ultimo provvede alla relativa trascrizione, a meno che ravvisi la contrarietà degli atti all'ordine pubblico. Il limite dell'ordine pubblico è poi espressamente richiamato dall'art. 65 della legge n. 218 del 1995 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*) in relazione all'idoneità dei "provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia" a produrre effetti in Italia.

Secondo la Corte (cfr. [Sez. I, sentenza 11 novembre 2014, n. 24001\[5\]](#)) infatti, il divieto di maternità surrogata esprime un principio di ordine pubblico «in ragione della tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante, e tenuto conto che, nel superiore interesse del minore, l'ordinamento giuridico affida la realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico con il nato solo all'istituto dell'adozione - che gode delle garanzie del procedimento giurisdizionale - e non al mero accordo fra le parti». Il principio è stato affermato anche dalle **Sezioni Unite civili** (cfr. [sentenza n. 12193 del 2019](#)) che hanno precisato che i valori tutelati dal divieto di maternità surrogata - dignità della gestante e istituto giuridico dell'adozione - sono ritenuti dal legislatore prevalenti sull'interesse del minore a vedere riconosciuti, pur in assenza di un legame biologico, i rapporti sviluppatasi con soggetti che se ne prendono cura, all'esito di un bilanciamento al quale non può sostituirsi il giudice. Ciò non esclude, peraltro, la possibilità di dare rilievo al rapporto che il genitore d'intenzione ha sviluppato con il minore ricorrendo ad ulteriori strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, quale ad esempio l'**adozione in casi particolari** (ex art. 44, co. 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983), che rappresenta una clausola di chiusura del sistema.

Sul punto è intervenuta anche la **Corte europea dei diritti dell'uomo**, con un [parere consultivo del 15 aprile 2019](#), nel quale pur avendo affermato che il diritto del minore nato da pratiche di maternità surrogata al rispetto della vita privata (ex art. 8 CEDU) richiede che la legislazione nazionale preveda la possibilità di riconoscere una relazione del minore con il cosiddetto genitore intenzionale, ha anche statuito che tale riconoscimento, potendosi delineare anche delle soluzioni diverse rispettose del superiore interesse del minore, **non deve necessariamente** avvenire consentendo la **trascrizione del certificato di nascita nei registri dello Stato**.

Partendo dalle affermazioni della CEDU, che sottolineano come l'art. 8 della Convenzione imponga alle legislazioni nazionali di prevedere la possibilità di riconoscere la relazione tra il minore nato da maternità surrogata e il cosiddetto genitore intenzionale, la I sezione civile della Cassazione è tornata sul divieto di trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, sottoponendo la questione alla Corte costituzionale. Con la [sentenza n. 33 del 2021](#) la Corte costituzionale ha deciso la questione di legittimità costituzionale concernente l'impossibilità di riconoscere in Italia, perché in contrasto con l'ordine pubblico, un provvedimento giudiziario straniero che attribuisce lo stato di genitori a due uomini italiani uniti civilmente, che abbiano fatto ricorso alla tecnica della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004. La Corte ha dichiarato inammissibile la questione, ma ha sottolineato la necessità di un indifferibile intervento del legislatore, al fine di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore.

Contenuto

La proposta di legge A.C. 306 intende punire chiunque commette il reato di commercializzazione di gameti o il reato di surrogazione di maternità all'estero.

Normativa vigente	A.C. 306
Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.	Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero.

La **punibilità dei reati commessi all'estero** è disciplinata agli artt. 7 ss. c.p..
In estrema sintesi, si possono distinguere:

- i reati commessi all'estero, dal cittadino o dallo straniero, **puniti incondizionatamente** secondo la legge penale italiana: si tratta dei reati decritti o richiamati nell'art. 7 c.p., che sono posti a presidio di beni fondamentali dello Stato italiano, e di ogni altro reato per il quale disposizioni speciali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana (come, ad esempio, l'art. 604 c.p.);
- i delitti politici commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero puniti secondo la legge penale italiana a condizione che vi sia la richiesta del Ministro della Giustizia e la querela della persona offesa, se si tratta di delitto perseguibile a querela di parte;
- **i delitti comuni commessi all'estero** che sono puniti secondo la legge italiana alle condizioni previste dall'art. 9 c.p., se autore del reato è un cittadino italiano, o dall'art. 10 c.p., se autore del reato è uno straniero. In particolare, per quanto **concerne i reati comuni commessi all'estero dal cittadino**, ai sensi dell'art. 9 c.p., l'applicabilità della legge penale italiana è subordinata alla duplice condizione che si tratti di un delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale e che il cittadino sia presente nel territorio dello Stato dopo la commissione del reato. Per i delitti puniti con la reclusione inferiore nel minimo a tre anni, ai sensi dell'art. 9 co. 2 c.p., la possibilità di applicare la legge penale italiana è subordinata all'ulteriore condizione che sia stata avanzata richiesta del Ministro della Giustizia, ovvero che sia stata proposta istanza di procedimento o querela da parte della persona offesa

Come già si è detto, per il delitto punito dall'art. 12 co. 6 della legge n. 40/2004 il legislatore ha previsto una pena privativa della libertà personale che può estendersi da un minimo di due mesi sino a un massimo di tre anni di reclusione, a cui si aggiunge la pena pecuniaria della multa. Essendo un reato comune punito con la pena inferiore nel minimo a tre anni di reclusione, la punibilità in Italia è subordinata alle condizioni indicate dall'art. 9 co. 1 e 2 c.p., vale a dire la presenza del reo e la richiesta del Ministro della Giustizia. Pertanto, nel caso di maternità surrogata all'estero tale fattispecie incriminatrice può trovare applicazione a condizione che chi "realizza" il trattamento di procreazione medicalmente assistita vietato dalla legge italiana si trovi sul territorio dello Stato al momento dell'esercizio dell'azione penale e a condizione che il Ministro della Giustizia abbia avanzato richiesta perché si proceda per tale delitto nel caso concreto.

È tuttavia controverso se l'applicabilità della legge penale italiana ai delitti comuni commessi all'estero dal cittadino (ma il problema si pone in termini analoghi anche con riferimento ai delitti comuni commessi all'estero dallo straniero) sia subordinata anche al requisito della doppia incriminazione, vale a dire alla previsione del fatto come reato sia secondo la legge italiana sia secondo la legge dello Stato dove il reato è stato realizzato.

Al riguardo, la Corte di cassazione—in relazione ad un caso di maternità surrogata all'estero — ha assolto gli imputati dal reato di cui all'art. 12 co. 6 della legge n. 40/2004, riconoscendo una situazione di ignoranza incolpevole della legge penale (Cass., sez. V pen., 10 marzo 2016, n. 13525). La Cassazione ha rilevato l'esistenza di un contrasto sia dottrinale che giurisprudenziale intorno al requisito della doppia incriminazione e ha ritenuto che tale situazione di incertezza interpretativa determini un errore inevitabile sulla portata applicativa dell'art. 9 c.p. e quindi sulla perseguibilità del reato comune commesso all'estero dal cittadino italiano.

La giurisprudenza ha dunque escluso la sussistenza del reato di cui all'art. 12, comma 6, l. 40/2004 se la maternità surrogata è avvenuta in uno Stato dove questa è lecita.

Da ultimo, come sopra ricordato (*v. par. Quadro normativo e giurisprudenziale*) nella sentenza Cass. pen. Sez. III, n. 5198 del 2020, la Corte ha specificato che affinché sia applicabile la legge italiana, ai sensi dell'art. 6 c.p., occorre che l'azione o l'omissione si sia realizzata, in tutto od in parte, in territorio italiano nel senso che è necessario che la parte di condotta commessa in Italia sia comunque significativa e collegabile in modo chiaro ed univoco alla parte restante realizzata in territorio estero, ma tale connotazione non può essere riconosciuta ad un generico proposito, privo di concretezza e specificità, di commettere all'estero fatti delittuosi, anche se poi ivi integralmente realizzati. In particolare, secondo la Cassazione, il reato di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui all'art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40, commesso all'estero, si consuma nel luogo in cui si sottoscrive il contratto di maternità surrogata e col compimento della gestazione per conto di altri, che si conclude con la nascita del figlio, non avendo rilevanza penale, ai fini dell'applicazione della legge italiana, le condotte iniziali volte ad acquisire informazioni sulla fattibilità della pratica, anche se poste in essere in territorio italiano. In ogni caso, l'azione penale esercitata - nel caso di reato commesso interamente all'estero - non può essere utilmente perseguita se manca la richiesta del Ministro della Giustizia di cui all'art. 9, comma 2, c.p. Non viola il principio di tassatività e legalità di cui all'art. 25 Cost. l'interpretazione adeguatrice della suddetta disposizione speciale volta a selezionare, facendo ricorso agli ordinari strumenti ermeneutici, le condotte ritenute di rilevanza penale, in quanto orientata ad aumentare la tipicità della medesima norma incriminatrice.

Per la legge penale italiana, dunque, attualmente un fatto configurato come reato in Italia può essere punito quando commesso all'estero purché ricorrano determinate condizioni, differenti a seconda che sia previsto o meno il coinvolgimento di cittadino italiano (in veste di autore del delitto, concorrente dell'autore, oppure vittima del delitto stesso).

La proposta in esame estende la punibilità delle condotte di commercializzazione di gameti o embrioni e di surrogazione di maternità commesse in Paese estero anche quando tale Paese non qualifichi le stesse come illecite. La formulazione del testo - nonostante il titolo della proposta stessa e la relazione di accompagnamento sembrerebbero riferirsi al fatto compiuto da cittadino italiano - sembra consentire la perseguibilità dello straniero che commette all'estero un fatto considerato reato in Italia (art. 12, comma 6, legge n. 40/2004), anche in assenza di coinvolgimento di cittadini italiani o di interessi dello Stato italiano risultando il testo con la modifica in oggetto così formulato "**Chiunque**, in qualsiasi forma, realizza,

organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è **commesso all'estero.**" La punibilità della condotta di surrogazione di maternità (così come quella di commercializzazione dei gameti) sarebbe dunque configurabile anche nei confronti dello straniero che abbia realizzato le suddette condotte in un Paese che le considera legittime. Il titolo della proposta di legge specifica invece che la modifica è volta a prevedere la perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero **da cittadino italiano.**



*Andrebbe pertanto valutata l'opportunità di coordinare il titolo della proposta di legge C. 306 (che reca "Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero **da cittadino italiano**") al contenuto della stessa.*

Relazioni allegare o richieste

La proposta di legge, di iniziativa parlamentare, è corredata della relazione illustrativa.

Rispetto delle competenze legislative costituzionalmente definite

La proposta di legge incide sulla materia "ordinamento penale" che l'art. 117, comma secondo, lett. l) della Costituzione attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato.

Cost184	Servizio Studi Dipartimento Istituzioni	st_istituzioni@camera.it - 066760-3855	 CD_istituzioni
	Servizio Studi Dipartimento Giustizia	st_giustizia@camera.it - 066760-9148	 CD_giustizia