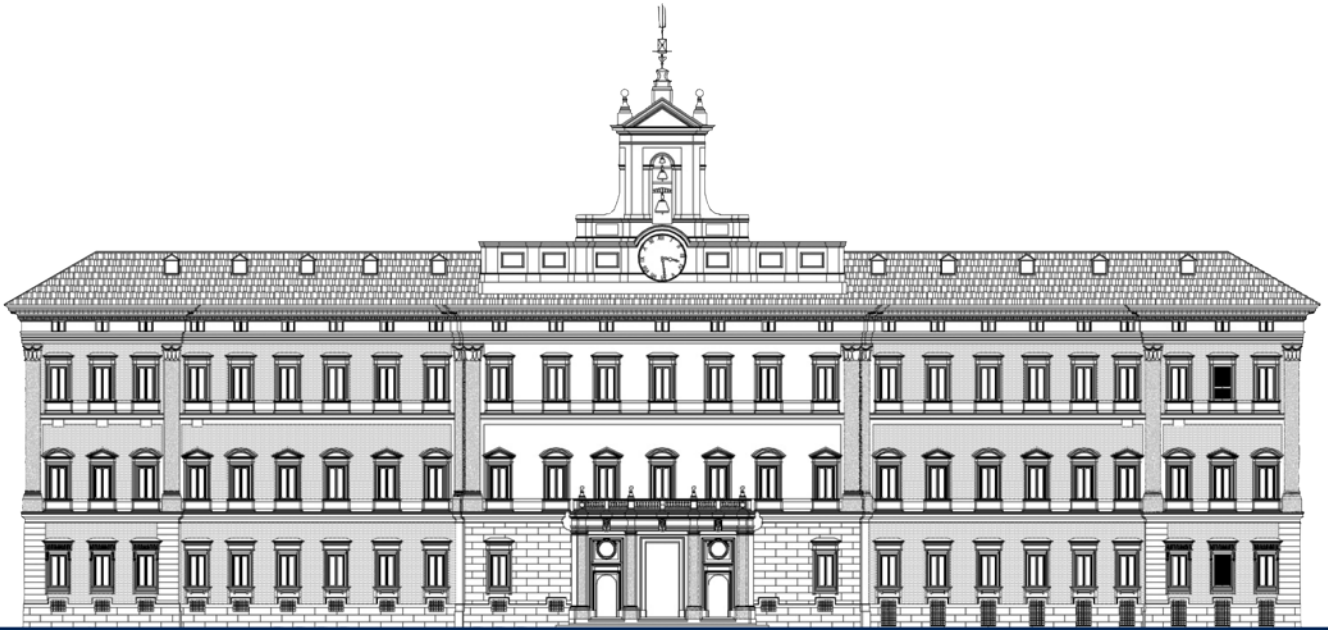




Camera dei deputati

XIX LEGISLATURA

Documentazione per l'esame di  
Progetti di legge



Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità  
commesso all'estero

A.A.C. 342 e 887

*Schede di lettura*

n. 76

22 marzo 2023



# Camera dei deputati

XIX LEGISLATURA

Documentazione per l'esame di  
Progetti di legge

Perseguibilità del reato di surrogazione  
di maternità commesso all'estero

AA.C. 342 e 887

n. 76

22 marzo 2023

---

Servizio responsabile:

*SERVIZIO STUDI – Dipartimento giustizia*

☎ 066760-9559 / 066760-9148 – ✉ [st\\_giustizia@camera.it](mailto:st_giustizia@camera.it)

Hanno partecipato alla redazione del *dossier* i seguenti Servizi e Uffici:

*SERVIZIO AVVOCATURA*

☎ 066760-9360 – ✉ [segreteria\\_avvocatura@camera.it](mailto:segreteria_avvocatura@camera.it)

---

**La documentazione dei servizi e degli uffici della Camera è destinata alle esigenze di documentazione interna per l'attività degli organi parlamentari e dei parlamentari. La Camera dei deputati declina ogni responsabilità per la loro eventuale utilizzazione o riproduzione per fini non consentiti dalla legge. I contenuti originali possono essere riprodotti, nel rispetto della legge, a condizione che sia citata la fonte.**

---

*File: gi0015.docx*

# INDICE

## SCHEDE DI LETTURA

<b>Quadro normativo e contenuto delle proposte di legge</b>	<b>3</b>
▪ L'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 nell'applicazione della giurisprudenza	3
▪ Il contenuto delle proposte di legge	11
<b>Osservazioni sulla compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo</b> ( <i>a cura del Servizio Avvocatura</i> )	<b>15</b>



## **Schede di lettura**





## QUADRO NORMATIVO E CONTENUTO DELLE PROPOSTE DI LEGGE

Entrambe le proposte di legge all'esame della Commissione intervengono sull'**articolo 12 della legge n. 40 del 2004** (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), facendo in particolare riferimento al comma 6, 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*».

Pur avendo analogo titolo ed esprimendo nelle relazioni illustrative la medesima volontà di perseguire il reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, la proposta C. 342 (*Candiani e altri*) estende la punibilità del solo reato di surrogazione della maternità ai fatti commessi da un cittadino italiano all'estero, mentre la proposta C. 887 (*Varchi e altri*) estende la punibilità tanto del commercio di gameti ed embrioni quanto della maternità surrogata ai fatti commessi da chiunque all'estero (quindi anche dallo straniero).

### **L'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 nell'applicazione della giurisprudenza**

In base all'art. 12, comma 6, dunque, 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](#)<sup>1</sup>, 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**»<sup>2</sup>.

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

La surrogazione di maternità 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).

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».

Con riguardo alla definizione della condotta penalmente rilevante, dalla lettura della norma si ricava che ai fini dell'integrazione della fattispecie non è richiesta alcuna finalità lucrativa, a differenza di quanto accade per la

---

<sup>1</sup> Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

<sup>2</sup> Nel caso di specie la pronuncia è stata resa in relazione alla condotta di acquisto di gameti umani in cliniche estere da donatrici remunerate e alla successiva rivendita degli stessi in occasione dell'esecuzione di tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, con prezzo pagato mediante un aumento del costo delle prestazioni sanitarie.

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**. Sul punto la giurisprudenza della Corte di cassazione è univoca in quanto, affinché il reato commesso in parte all'estero possa rientrare nell'ambito della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 6, secondo comma, c.p.<sup>3</sup>, occorre che si verifichi nel territorio dello Stato

---

<sup>3</sup> L'articolo 6, secondo comma, del codice penale, equipara il reato commesso all'estero a quello commesso nel territorio dello Stato, ai fini del riconoscimento della giurisdizione italiana, qualora l'azione o l'omissione che lo costituiscono siano avvenute, in tutto o in parte, nel territorio dello Stato, ovvero che si sia ivi verificato l'evento che ne è la conseguenza.

“anche solo un frammento della condotta” integrante il reato e che la parte di condotta commessa in Italia sia comunque significativa e collegabile in modo chiaro e univoco alla parte restante realizzata in territorio estero; tale connotazione, tuttavia, 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 (v. da ultimo [Cass. pen., Sez. III, n. 5198 del 2021](#)<sup>4</sup>; v inoltre Cass. pen., Sez. VI, n. 56953 del 2017, Cass. pen., Sez. III, n. 35165 del 2017, [Cass. pen., Sez. V, n. 13525 del 2016](#)).

La Cassazione (sentenza n. 5198/2021), individuando il momento di consumazione del reato nel compimento della gestazione per conto di altri, che si conclude con la nascita, rileva che “il tema è quello di stabilire il perimetro delle condotte antecedenti alla nascita che integrano la condotta di “realizza”, che deve essere circoscritto a quelle condotte eziologicamente collegate alla nascita stessa e funzionali allo scopo in modo da “delimitare il contenuto della fattispecie tipica entro limiti di riconoscibilità della fattispecie e prevedibilità delle conseguenze”. “Ciò in quanto la norma penale deve essere sufficientemente chiara per essere prevedibile il comportamento che è fonte di responsabilità penale.”

In precedenza, la Cassazione aveva 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 sull'assunto che 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*).

Anche per quanto riguarda il diverso aspetto della **trascrizione degli atti di nascita**, la giurisprudenza penale ha escluso l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 567, secondo comma, 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 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 (v. da ultimo Cass. pen., Sez. VI, [n. 31409 del 2020](#); v. anche Cass. pen., Sez. V, [n. 13525 del 2016](#); Cass. pen., Sez. VI, [n. 48696 del 2016](#)).

Nella sentenza n. 31409 del 2020 la VI Sezione penale della Corte di cassazione ha statuito che ai fini della configurabilità del delitto di *alterazione dello stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità*, “è necessaria

---

<sup>4</sup> Nel caso di specie, non sono state ritenute condotte prodromiche penalmente rilevanti, rispetto al reato concretamente realizzatosi all'estero, i contatti iniziali con la clinica ucraina volti alla conoscenza delle modalità attraverso le quali si sarebbe potuto conseguire la surrogazione di maternità, né la domanda del paziente che costituisce parte indissolubile del contratto successivamente stipulato, né il pagamento rateale del prezzo pattuito proveniente dalla provvista su conti italiani dei genitori committenti.

un'attività materiale di alterazione di stato che costituisca un *quid pluris* rispetto alla mera falsa dichiarazione e si caratterizzi per l'idoneità a creare una falsa attestazione, con attribuzione al figlio di una diversa discendenza, in conseguenza dell'indicazione di un genitore diverso da quello naturale", attività che non si sarebbe esplicata nella fattispecie in esame in quanto "le attestazioni relative alla minore, che gli indagati hanno reso sulla base di una certificazione stilata in Ucraina, non integrano certificazioni o attestazioni "false", risultando viceversa legittime secondo la *lex loci*, che ammette la maternità surrogata eterologa nel caso in cui il patrimonio biologico del minore appartenga per il 50% ai genitori committenti".

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.

La Cassazione, precisando che l'ordine pubblico internazionale è «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna» e dunque «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili», ha osservato che la maternità surrogata si pone oggettivamente in contrasto con la «tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante» e 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».

Tale posizione, espressa per la prima volta nella [sentenza n. 24001 del 2014](#)<sup>5</sup>, è stata riaffermata in più recenti pronunce; su tutte la [sentenza delle Sezioni unite civili n. 12193 del 2019](#), che hanno precisato che i valori tutelati dal divieto di maternità surrogata - dignità della gestante e istituto giuridico dell'adozione -

---

<sup>5</sup> Peraltro in quell'occasione la Corte ha sostenuto che nei casi in cui manchi il legame genetico con almeno uno dei membri della coppia che ha fatto ricorso a pratiche di maternità surrogata, si impone «l'accertamento dello stato di abbandono da parte del Tribunale per i minorenni (...) ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 8, a mente del quale versano in tale stato "i minori ... privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi"».

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 **non deve necessariamente** avvenire consentendo la **trascrizione del certificato di nascita nei registri dello Stato**, potendosi delineare anche delle soluzioni diverse rispettose del superiore interesse del minore.

Partendo dalle affermazioni della CEDU, la consolidata interpretazione attuale del diritto vivente, secondo cui non può essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del cd. genitore d'intenzione non biologico nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri, è stata messa in discussione dalla **I Sezione civile della Cassazione**, che, con l'[ordinanza n. 8325 del 2020](#), ha sottoposto la questione alla Corte costituzionale<sup>6</sup>.

La **Corte costituzionale** si è infine espressa con la **sentenza n. 33 del 2021** nella quale, pur dichiarando inammissibile la questione (riaffermando l'impossibilità di riconoscere in Italia un provvedimento giudiziario straniero che attribuisca lo stato di genitori ad una coppia che abbia fatto ricorso alla tecnica della maternità surrogata - nel caso di specie due uomini italiani uniti civilmente), ha sottolineato l'urgenza di un intervento del legislatore, al quale spetta il compito di individuare una soluzione con cui operare il difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori. La Corte ha inoltre fissato alcuni principi già individuati in precedenti pronunce.

---

<sup>6</sup> La questione di legittimità costituzionale riguarda gli articoli 12, comma 6, della legge n. 40, 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 e 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995, dei quali nell'ordinanza si rileva il contrasto con gli articoli 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, nonché con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione al rispetto degli obblighi internazionali di cui all'art. 8 della CEDU, alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei minori e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali UE.

In particolare, la Corte ha ribadito che il divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità è un principio di ordine pubblico posto a tutela di valori fondamentali, in quanto la maternità surrogata “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”, sottolineando tuttavia allo stesso tempo che in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” del minore. Nella situazione specifica l’interesse del minore è individuato nella possibilità di “ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che nella realtà fattuale già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia” (omosessuale ovvero eterosessuale) che ha sin dall’inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge.

D’altra parte, la Corte riconosce che gli interessi del bambino devono essere bilanciati con la finalità legittima di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, vietata dalla legislazione statale, e ricorda come la stessa Corte EDU riconosca che gli Stati parte possano non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al “genitore d’intenzione”; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi.

La Corte ritiene che il **riconoscimento giuridico del rapporto del bambino con il genitore “intenzionale” possa essere nel concreto assicurato “attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino”**. Nello specifico il riferimento è all’istituto dell’adozione in casi particolari, previsto dall’articolo 44, comma 1, lettera d) della legge n. 184 del 1983 e già considerato praticabile dalla Corte di cassazione, che “costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali” in quanto non attribuisce la genitorialità all’adottante e resta comunque subordinata all’assenso del genitore “biologico”, che potrebbe anche mancare in caso di crisi della coppia.

Proprio sull’aspetto della mancata attribuzione della genitorialità all’adottante, la Corte costituzionale è intervenuta con la sentenza n. 79 del 2022, dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’articolo 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui, mediante rinvio all’articolo 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l’adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante, segnando così il pieno riconoscimento dello *status filiationis* e (dei legami parentali ad esso conseguenti) anche al figlio adottato

secondo il procedimento di cui all'art. 44 della medesima legge n. 184. Tra le motivazioni addotte dalla Corte si legge che «la norma censurata priva (...) il minore della **rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali**, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni».

Da ultimo, sulla questione del contemperamento tra il divieto di maternità surrogata in Italia e l'ineludibile difesa gli interessi del minore nato dall'accesso a tale pratica all'estero si sono nuovamente pronunciate le **Sezioni Unite della Corte di cassazione** con la **sentenza n. 38162 del 2022**, ribadendo che la strada da seguire è quella dell'adozione in casi particolari, posto che il divieto alla maternità surrogata previsto dall'ordinamento non consente l'automatica trascrizione di un atto formato all'estero in cui anche il genitore d'intenzione venga riconosciuto come tale. Di seguito il **principio enunciato dalle Sezioni Unite**: «Poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi della legge n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d). Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita.»



## Il contenuto delle proposte di legge

Le proposte di legge A.A.C. 342 (*Candiani e altri*) e 887 (*Varchi e altri*) intervengono entrambe sull'articolo 12 della legge n. 40 del 2004 che, al comma 6, prevede il reato di surrogazione di maternità, che si esplica attraverso le condotte tipiche della realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione, punendo chiunque le metta in atto con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

Esse recano un titolo analogo, che indica la volontà di perseguire il reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, ma presentano una diversa formulazione, dalla quale deriva una diversa portata dell'intervento normativo.

Normativa vigente	A.C. 342 Legge n. 40 del 2004 Articolo 12 ( <i>Divieti generali e sanzioni</i> ) comma 6	A.C. 887
<p>6. 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.</p>	<p>6. <i>Identico.</i></p>	<p>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. <b>Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero.</b></p>
<p><b>6-bis. Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini, è vietato accedere alla surrogazione di maternità all'estero. Al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6.</b></p>		

La proposta di legge Varchi aggiunge un periodo al termine del comma 6 dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004, al fine di estendere le pene previste dal

primo periodo a chiunque – cittadino italiano o straniero – commetta il reato di commercializzazione di gameti o il reato di surrogazione di maternità in territorio estero.

La proposta di legge Candiani stabilisce invece il divieto di surrogazione di maternità all'estero in un nuovo comma (il 6-*bis*), motivando tale divieto con la necessità di contrastare pratiche attraverso cui si possa realizzare un traffico di bambini di natura commerciale. Nel nuovo comma è specificato che tale divieto vige nei confronti dei soli cittadini italiani, ai quali saranno applicate le pene previste dal comma 6 in caso di ricorso alla surrogazione di maternità all'estero.

Entrambe le proposte in esame consentono dunque di perseguire penalmente condotte commesse in un Paese estero anche quando tale Paese non qualifichi le stesse come illecite, avvalendosi di una possibilità già prevista, a determinate condizioni, dall'ordinamento penale italiano (artt. 7 e ss del codice penale, v. *infra*).

Tuttavia, mentre la proposta C. 342 (*Candiani*) limita la punibilità al reato di surrogazione di maternità compiuto da cittadino italiano all'estero, la proposta C. 887 (*Varchi*) - nonostante il titolo della proposta stessa e la relazione di accompagnamento si riferiscano al fatto compiuto da cittadino italiano – consentirebbe, per la sua formulazione, anche la perseguibilità dello straniero che commette all'estero un fatto considerato reato in Italia (art. 12, comma 6, legge n. 40/2004), pur in assenza di coinvolgimento di cittadini italiani o di interessi dello Stato italiano. La punibilità della condotta di surrogazione di maternità (così come quella di commercializzazione dei gameti) sarebbe dunque incondizionatamente configurabile anche nei confronti dello straniero che abbia realizzato le suddette condotte in un Paese che le considera legittime.

*Con riguardo alla proposta C. 887, andrebbe valutata l'opportunità - anche alla luce del titolo della proposta stessa - di specificare se l'intenzione del legislatore è quella di estendere anche al cittadino non italiano la perseguibilità delle condotte realizzate all'estero per i reati di surrogazione di maternità e di commercio di ovuli e gameti.*

Si ricorda che la scorsa legislatura erano state presentate due proposte di legge sullo stesso argomento (Meloni C. 306 e Carfagna C. 2599), per le quali si è svolto un ciclo di audizioni presso la Commissione Giustizia. Alcuni degli auditi hanno depositato delle memorie che sono consultabili al seguente [link](#).

### ***Punibilità dei reati commessi all'estero***

Per la legge penale italiana, un fatto configurato come reato in Italia può essere punito anche 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).

In materia di **punibilità dei reati commessi all'estero**, la disciplina è dettata dagli artt. 7 ss. c.p. Ai sensi di tali norme **la legge italiana si applica sia nei confronti del cittadino sia nei confronti dello straniero** in relazione ai reati elencati nello stesso articolo 7 c.p. e caratterizzati da particolare gravità – quali, ad esempio, i delitti contro la personalità dello Stato – nonché ad **ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscano l'applicabilità della legge penale italiana**.

Secondo gli artt. 8 c.p. (*Delitto politico commesso dallo straniero*), 9 c.p. (*Delitto comune del cittadino all'estero*) e 10 c.p. (*Delitto comune dello straniero all'estero*) l'applicazione della legge penale italiana è invece subordinata alla sussistenza di alcuni presupposti.

L'art. 9, con riguardo al delitto compiuto da cittadino italiano, che sia punito secondo la legge italiana il cittadino presente nel territorio dello Stato italiano che abbia commesso un reato punito con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Ove la pena prevista sia inferiore, è necessaria, ai fini della punibilità, un'apposita richiesta del Ministro della giustizia, ovvero l'istanza di procedimento o di querela da parte della persona offesa.

Analogamente a quanto dispone l'art. 9, l'art. 10 stabilisce che per i delitti comuni che lo straniero commette all'estero contro lo Stato o contro un cittadino italiano, la legge penale italiana si applica solo per i delitti puniti con pena detentiva (ovvero delitti puniti con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno). Occorrono inoltre la presenza del reo nel territorio dello Stato italiano e, alternativamente, la richiesta di procedimento del Ministro della giustizia o la richiesta di procedimento della persona offesa.

Per quanto riguarda i delitti contro le Comunità europee, uno Stato estero o uno straniero puniti con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni la legge prevede tre condizioni di procedibilità: la richiesta ministeriale, la presenza del presunto colpevole nel territorio dello Stato e che l'extradizione del medesimo non sia stata concessa dallo Stato italiano o accettata dallo Stato in cui ha commesso il delitto o dallo Stato a cui appartiene.

In assenza di una esplicita previsione in merito dell'articolo 9, in giurisprudenza è controversa la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui fu commesso (cosiddetta "doppia incriminabilità"). Infatti, in alcune decisioni si afferma che tale principio opera esclusivamente ai fini dell'extradizione, mentre, in tema di reati commessi all'estero e di rinnovamento del giudizio (artt. 7 c.p.p. e segg., art. 11 c.p.), la qualificazione delle fattispecie penali deve avvenire esclusivamente alla stregua della legge penale italiana, a nulla rilevando che l'ordinamento dello Stato nel cui territorio il fatto è stato commesso non preveda una persecuzione penale dello stesso fatto (Cass. Sez. II, n. 2860 del 06/12/1991); in altre si è ritenuto che, in

tema di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'art. 7 cod. pen., è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero dallo straniero che questi risultino punibili come illeciti penali, oltre che dalla legge penale italiana, anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati, ancorché con *nomen iuris* e pene diversi (Cass. Sez. I, n. 38401 del 17/09/2002).

Al riguardo, la Corte di Cassazione, nella sentenza del 10 marzo 2016, n. 13525, ha precisato che la questione della "doppia incriminabilità" «assume sicuro rilievo, ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta (Corte cost., 24/03/1988, n. 364), in quanto l'errore investe la portata applicativa del menzionato art. 9. La pronuncia appena citata, nel tracciare i parametri di individuazione della inevitabilità dell'errore, opera un significativo riferimento anzitutto ai criteri (c.d. oggettivi puri), secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato, aggiungendo che tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale.»

Si ricorda inoltre che l'art. 604 c.p. prevede, con riguardo ai delitti contro la personalità individuale (sezione I, Capo III, Titolo XII del Libro II c.p.) nonché quelli relativi alla violenza sessuale, atti sessuali con minorenni, corruzione o adescamento di minorenni, che le disposizioni del codice penale si applichino altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero dallo straniero in concorso con cittadino italiano. In quest'ultima ipotesi lo straniero è punibile quando si tratta di delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e quando vi è stata richiesta del Ministro della giustizia.

**OSSERVAZIONI SULLA COMPATIBILITÀ CON LA CONVENZIONE EUROPEA  
DEI DIRITTI DELL'UOMO**  
(a cura del Servizio Avvocatura)

La proposta di legge (Varchi 887) è volta a estendere – oltre i limiti fissati dagli articoli da 7 a 10 del codice penale – la **punibilità di un reato commesso all'estero**. In particolare, si tratta delle condotte connesse alla **maternità surrogata**.

Di seguito si sintetizzano gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha esaminato fattispecie di maternità surrogata sotto il profilo dell'art. 8, che prevede il rispetto della **vita privata e familiare**.

La portata normativa della proposta consiste nello stabilire che l'interesse punitivo dello Stato si estende nei confronti di chiunque commetta i fatti di cui all'art. 12 della legge n. 40 del 2004.

La Corte europea di Strasburgo ha ripetutamente affermato che la disciplina della maternità surrogata rientra nell'**ampio margine di discrezionalità legislativa** degli Stati sottoscrittori, soprattutto in ragione delle differenze di regolazione tra i diversi Paesi e del mancato raggiungimento in sede di Consiglio d'Europa di un consenso allargato sulla materia.

Da questo punto di vista, sono chiare le sentenze **Mennesson c. Francia** del 2014 (v. nn. 75 e 79), **Paradiso e Campanelli c. Italia** del 2017 (v. nn. 183-184), nonché la **Valdís Fjölvisdóttir e altri c. Islanda** del 2021 (v. nn. 69-70).

Le pronunce della Corte EDU ineriscono a **due distinti profili**: il diritto dei genitori biologici e non ad un **riconoscimento formale** del legame familiare; la situazione di **certezza giuridica** dei minori.

Si è posto, infatti, più volte, nella giurisprudenza recente della Corte di Strasburgo il problema dello **status** e dell'**affidamento** dei **bambini nati** da tali tecniche praticate in Paesi diversi da quelli di residenza.

Nei casi sottoposti alla Corte EDU, le autorità nazionali si erano rifiutate di:

- **trascrivere nei registri dello stato civile** gli atti di nascita dei minori;
- e, talora, di **consentire l'adozione** da parte dei ricorrenti.

Nel caso *Paradiso e Campanelli*, i ricorrenti erano **i membri della coppia**, la quale aveva stipulato in Russia un contratto di maternità surrogata, ma **nessuno dei due** aveva dato un contributo biologico alla nascita, sicché la Corte EDU (sia pure in seconda battuta, in sede di *Grande Chambre*, dopo che la II sezione nel 2015 aveva constatato una violazione) ha deciso per la non violazione dell'art. 8, anche perché l'atto di nascita formato in Russia poteva definirsi

**ideologicamente falso** ai sensi della legge italiana (dal momento che indicava la signora Paradiso quale madre effettiva del nato).

*Per un approfondimento sul caso v. anche il [Quaderno 2015 dell'Osservatorio della Camera sulla giurisprudenza della Corte EDU](#) (pag. 37 ss.).*

Diversamente, nel caso **Menesson**, i ricorrenti (che avevano stipulato il contratto di affitto d'utero negli Stati Uniti) erano **sia** la coppia **sia** i minori; e l'uomo **era il padre biologico** dei figli (v. la sentenza, nn. 7-10).

La Corte ha concluso che – in relazione ai membri della coppia – non v'era stata violazione dell'art. 8, a motivo che la mancata trascrizione nei registri francesi dell'atto di nascita (con relativa indicazione di genitori e figli) **non aveva comportato per gli adulti ricorrenti un'interferenza sproporzionata** nel loro diritto alla vita privata e familiare, soprattutto sul piano pratico, dato che la convivenza tra loro e i minori non era mai stata in discussione (v. nn. 87-95).

Al contrario, in relazione ai **minori nati** dalla maternità surrogata, la Corte EDU ha osservato che – sebbene la Francia legittimamente potesse perseguire fini di deterrenza della pratica dell'affitto d'utero - la mancata indicazione nei registri dello stato civile francesi della loro filiazione con i genitori non solo **ledeva il loro diritto all'identità personale** ma rischiava di pregiudicare anche l'esercizio dei diritti ereditari.

Dovendo in tal caso prevalere l'interesse dei minori, la Corte **ha riconosciuto una violazione** dell'art. 8 (v. nn. 96-101). Nello stesso senso la Corte EDU si è determinata nel coevo caso **Labassee c. Francia** del 2014.

Successivamente, nel corso degli sviluppi amministrativi e giudiziali interni del caso **Menesson**, la Corte di cassazione francese ha nuovamente investito la Corte EDU in sede consultiva (ai sensi del Protocollo addizionale n. 16, ratificato dalla Francia, ma non dall'Italia). Nella nuova pronuncia del **10 aprile 2019**, la Corte EDU ha ribadito il proprio orientamento, sicché la Cassazione francese ha – definitivamente – stabilito che l'atto di nascita potesse rimanere trascritto nei registri dello stato civile.

Viceversa, in un altro caso (**D. c. Francia** del 16 luglio 2020) la Corte EDU non ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 (anche in combinato disposto con l'art. 14, sul divieto di discriminazioni), neanche in relazione alla minore coinvolta. Il motivo della sentenza si basa sull'elemento di fatto che il certificato di nascita che i ricorrenti intendevano trascrivere era **falso**, poiché le autorità dell'Ucraina (paese in cui era stata portata avanti la gravidanza per contro altrui) aveva indicato la donna francese quale “madre nelle intenzioni e, dunque, madre genetica”. Questo caso – pertanto – appare molto simile a quello esaminato in Paradiso e Campanella.

Più di recente, la Corte EDU ha sottolineato la necessità di verificare se, nel caso in cui viga il divieto di trascrizione dell'atto di nascita del minore nato da maternità surrogata, esistano **misure alternative idonee a tutelare il rapporto familiare**.

Nel **parere consultivo** reso – su richiesta della Corte di cassazione francese – il 10 aprile 2019, la *Grande Chambre* ha infatti affermato che, nel caso in cui il figlio sia stato concepito utilizzando i gameti del padre intenzionale, la tutela del minore impone che **il diritto interno garantisca il riconoscimento del rapporto con la madre non biologica**, che risulti indicata come genitore nel certificato di nascita formato all'estero.

La Corte ha, tuttavia, precisato che **tale riconoscimento non implica necessariamente la trascrizione del certificato di nascita nel registro dello stato civile**, potendo essere realizzato attraverso **strumenti diversi** (come l'adozione del minore da parte della madre non biologica).

Tale principio è stato ribadito nella citata sentenza **D c. Francia del 2020** in cui la Corte, rilevato che l'ordinamento francese consente **l'adozione del minore da parte del genitore non biologico** (la c.d. adozione coparentale o *stepchild adoption*), ha affermato che tale istituto è idoneo a tutelare la vita familiare del figlio nato da maternità surrogata (v. n. 65-68), sicchè la mancata trascrizione dell'atto di nascita non può ritenersi in contrasto con la Convenzione.

In termini **analoghi** la Corte si è espressa nel caso *Valdís Fjölnisdóttir e altri*, in cui essa ha escluso che la mancata trascrizione - nei registri islandesi - del certificato di nascita del figlio nato all'estero da pratiche di maternità surrogata abbia comportato la violazione dell'art. 8 della Convenzione, sia in relazione ai genitori (primo e secondo ricorrente), sia in relazione al figlio (terzo ricorrente).

Alla base della pronuncia vi è ancora il rilievo per cui - ove l'ordinamento interno contempri misure che consentano di preservare il rapporto familiare (quali **la possibilità per i genitori non biologici di adottare il minore**, nonché il riconoscimento della cittadinanza islandese in favore di quest'ultimo) - il rifiuto di trascrivere l'atto di nascita non può ritenersi – di per sé – lesivo del diritto alla vita familiare (nn. 71-75).

L'adottabilità del minore da parte del genitore non biologico è stata altresì valorizzata, ai fini della valutazione concernente il rispetto della vita familiare in caso di mancata trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, nella sentenza **D.B. e altri c. Svizzera** del 2022, inerente a una coppia omosessuale unita civilmente.

Sino al 2018, la legge svizzera non consentiva alle coppie unite civilmente di adottare. La Corte ha quindi ritenuto che, fino a tale modifica legislativa, il minore nato all'estero da maternità surrogata (terzo ricorrente) non ha potuto godere di alcun riconoscimento del legame parentale con il genitore non biologico. Di qui

l'accertamento della **violazione dell'art. 8 della Convenzione rispetto al minore.**

Quanto alla violazione dell'art. 8 dedotta dalla coppia, la Corte – coerentemente con la giurisprudenza sopra richiamata - ha escluso che l'interferenza nella vita familiare del primo e del secondo ricorrente potesse considerarsi indebita, considerata la legittimità del divieto di maternità surrogata posto dalla legge nazionale.

Sempre in materia di adozione da parte del genitore non biologico, si segnala che nel recente caso **K.K. e altri c. Danimarca** (6 dicembre 2022) la Corte EDU ha ritenuto che il divieto di adozione per il genitore non biologico che abbia fatto ricorso, dietro corrispettivo, alle pratiche di maternità surrogata viola il **diritto dei figli minori al rispetto della loro vita privata**. Ciò in quanto il diritto danese non prevede – oltre all'adozione – strumenti diversi per riconoscere il rapporto con il genitore non biologico ponendo, quindi, i minori in una situazione di pregiudizievole incertezza giuridica (n. 72). Viceversa, la Corte ha confermato il proprio indirizzo secondo cui la violazione **nei confronti dei membri della coppia non è configurata**.

Per la giurisprudenza **italiana**, la quale richiama i dettami della Corte EDU, si rinvia a quanto esposto in precedenza nel presente *dossier*.

Da ultimo, deve essere sottolineato che l'art. 1 CEDU prescrive che gli Stati sottoscrittori **devono assicurare il rispetto** dei diritti pervisti nella Convenzione a tutti i soggetti sottoposti alla **loro giurisdizione**. E' noto altresì che tale rispetto involge aspetti di tipo negativo (*id est*: non interferenza) e di tipo positivo (obblighi di protezione).

La proposta di legge in esame è volta a estendere il novero dei soggetti sottoposti alla giurisdizione italiana e – pertanto - potrebbe allargare l'ambito di applicazione di tali doveri.



