

Camera dei Deputati, Commissione Giustizia

Audizione informale su proposte di legge

AC 342 e abb. in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano

Prof. Ginevra Cerrina Feroni

Ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze

Ringrazio molto il Presidente della Commissione e tutti i suoi onorevoli componenti per l'invito a questa audizione Entro subito nel merito.

1. Il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento

Le proposte di legge in discussione, pur con differenze che esamineremo, sono accomunate dall'intenzione di **garantire effettività al divieto di surrogazione di maternità**. Esso è penalmente sanzionato dall'art. 12, c. 6, della l. 40 del 2004, benché venga spesso eluso con il fenomeno del "turismo procreativo". Sono frequenti, infatti, i casi di gestazione per altri "commissionata" da cittadini e cittadine italiani all'estero, in Paesi nei quali tale pratica è legittima.

Ritengo opportuno sottolineare che la validità di tale disposizione non è stata messa in discussione dalla sentenza 162/2014 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato in parte illegittimo il divieto di fecondazione eterologa del 2004.

La condotta del turismo procreativo non è, tuttavia, oggi sanzionabile. In particolare, come ben messo in evidenza dal dossier di documentazione, la giurisprudenza di legittimità richiede, ai fini dell'applicazione della legge italiana al reato commesso (in parte) all'estero ai sensi dell'art. 6, secondo comma, c.p., l'esigenza che si verifichi nel territorio dello Stato "*anche solo un frammento della condotta*" purché significativo e connesso univocamente alla parte restante realizzata in territorio estero, comunque non integrabile dalla mera intenzione di commettere all'estero il delitto, anche se poi ivi integralmente realizzato (v. da ultimo Cass. pen., Sez. III, n. 5198 del 2021; Cass. pen., Sez. VI, n. 56953 del 2017, Cass. pen., Sez. III, n. 35165 del 2017, Cass. pen., Sez. V, n. 13525 del 2016).

Anche in ordine al diverso (ma connesso) profilo della trascrizione degli atti di nascita dei figli nati, all'estero, con maternità di sostituzione, si è esclusa la configurabilità del delitto 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, rese all'autorità consolare sulla base di certificato redatto dalle autorità locali che indichi i genitori intenzionali come genitori, in conformità alle norme stabilite dalla *lex loci* (v. Cass. pen., Sez. VI, n. 31409 del 2020; Cass. pen., Sez. V, n. 13525 del 2016; Cass. pen., Sez. VI, n. 48696 del 2016).

Per converso, in sede civile è stata esclusa la trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita da maternità surrogata redatto all'estero, per contrarietà all'ordine pubblico, ritenendosi che la maternità surrogata contrasti 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»* (Cass., sent. n. 24001 del 2014; cfr. anche Cass., SSUU, sent. n. 12193 del 2019, secondo cui i beni giuridici protetti dal divieto di maternità surrogata – la dignità della gestante *in primis* – prevalgono, nell'opzione legislativa, sull'interesse del minore a vedere riconosciuti, pur in assenza di un legame biologico, i rapporti sviluppatasi con i soggetti che se ne prendono cura).

Analogamente, con sent. n. 272 del 2017, la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare *“l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale”* in quanto pratica che *“offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”*.

Inoltre, con la sentenza n. 33 del 2021 la Consulta, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità della disciplina della trascrizione dell'atto di nascita di nato da maternità di sostituzione all'estero, riaffermando l'impossibilità di riconoscere in Italia un provvedimento giudiziario straniero che attribuisca lo *status* genitoriale ai genitori intenzionali, ha sottolineato l'urgenza di un intervento normativo che bilanci l'esigenza di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata e quella di assicurare il rispetto dei diritti dei nati.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, con il parere consultivo del 15 aprile 2019, nel sottolineare l'esigenza del riconoscimento normativo della relazione (rilevante ex art. 8 CEDU) tra il genitore intenzionale e il figlio nato da gestazione per altri, ha precisato che ciò non presuppone necessariamente mediante la trascrizione del certificato di nascita nello Stato di provenienza, potendo anche ipotizzarsi soluzioni diverse, purché rispettose del superiore interesse del minore. Quest'ultimo profilo, valorizzato anche dalla Corte costituzionale nel bilanciamento con gli altri interessi giuridici rilevanti, è un tema certamente da considerare, dovendo garantirsi la tutela del minore, *"indipendentemente dalle modalità del suo concepimento"* (come evidenzia l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità decisa con sent. 32/21).

2. Le proposte di legge

Le proposte di legge in discussione intendono dunque **garantire una tutela effettiva al bene giuridico (dignità della donna) protetto dalla norma incriminatrice** di cui all'art. 12, c. 6, della l. 40/2004, estendendo (conformemente al disposto di cui all'art. 7 c.p.) l'applicazione della norma incriminatrice alle condotte commesse all'estero da cittadino italiano (pdl Candiani e Lupi).

La pdl Varchi, invece, parrebbe promuovere tale estensione al fatto commesso all'estero da parte di chiunque, nonostante il titolo della proposta stessa e la relazione di accompagnamento si riferiscano al fatto compiuto da cittadino italiano. Tale proposta di legge, inoltre, attrae nel meccanismo dell'universalità anche la fattispecie, sempre sanzionata dal citato art. 12, c. 6, l. 40, del commercio di gameti ed embrioni.

Al di là di questa differenza, su cui torneremo, la *ratio* delle proposte di legge è **rendere effettivo il divieto di maternità di sostituzione contrastandone l'elusione resa possibile dal turismo procreativo** verso i Paesi (al momento circa 18) nei quali questa pratica non è punita. Si tratta, in particolare, di Armenia, Bielorussia, Georgia, Russia, Ucraina, Sud Africa, che ne ammettono il ricorso per fini commerciali oltre che solidaristici, mentre Regno Unito, Israele, Romania, Brasile, Portogallo, Argentina, Bangladesh, Thailandia, Australia, Grecia, Canada lo consentono solo in forma non remunerativa.

In linea di principio, l'estensione dell'applicazione extraterritoriale delle norme incriminatrici interne ai fatti commessi all'estero è possibile rispetto ai delitti di cui all'articolo 7 c.p., caratterizzati da particolare gravità – quali, ad esempio, i delitti contro la personalità dello Stato – nonché ad ogni altro reato per il quale tale estensione sia prevista da speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali. Gli artt. 9 e 10 c.p. delineano, poi, ulteriori condizioni rispettivamente per la punibilità del delitto comune del cittadino italiano all'estero (presenza nel territorio dello Stato, pena edittale dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni o, in alternativa, richiesta del Ministro della giustizia, ovvero istanza di procedimento o di querela da parte della persona offesa) e del cittadino straniero all'estero contro lo Stato o contro un cittadino italiano (pena edittale dell'ergastolo o reclusione non inferiore nel minimo a un anno, presenza del reo nel territorio dello Stato e richiesta di procedimento del Ministro della giustizia o della persona offesa) o anche contro le Comunità europee, uno Stato estero o uno straniero ma solo se puniti con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni e sempre che l'estradizione dell'autore non sia stata concessa dallo Stato italiano o accettata dallo Stato in cui ha commesso il delitto o dallo Stato a cui appartiene.

Controversa è invece (in assenza di univocità giurisprudenziale) la questione della necessità o meno della **doppia incriminazione** ai fini della punibilità del delitto comune commesso all'estero dal cittadino italiano, che tuttavia indubbiamente incide sull'effettività della previsione e, dunque, sulle reali *chances* di perseguibilità del delitto. Da un lato, infatti, alcune pronunce limitano tale principio alla sola estradizione e, in tema di reati commessi all'estero e di rinnovamento del giudizio sostengono che la qualificazione delle fattispecie penali debba avvenire esclusivamente secondo la legge penale italiana, a nulla rilevando che la *lex loci* non preveda la perseguibilità dello stesso fatto (Cass. Sez. II, n. 2860 del 06/12/1991). Dall'altro lato, si è altrove 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).

3. Alcune possibili indicazioni

In ogni caso, i parametri forniti in linea generale dagli artt. 9 e 10 c.p. **lasciano preferire una soluzione (quale ad esempio quella prefigurata dalle pdl Candiani e Lupi) che limiti l'estensione extraterritoriale della legge penale italiana al solo delitto commesso dal cittadino italiano all'estero**, dal momento che l'art. 10 fa riferimento, per la punibilità del delitto commesso all'estero dallo Straniero, a reati contro lo Stato o contro un cittadino italiano o, per reati diversi, a cornici edittali superiori, radicando insomma la giurisdizione italiana su fatti espressivi di un rilevante disvalore sociale ovvero comunque connessi con gli interessi dello Stato italiano. Questo, peraltro, fermo restando che la formulazione più ampia della (sola) pdl Varchi, che non limita espressamente la punibilità extraterritoriale al fatto commesso dal solo cittadino italiano, non sembra del tutto coerente con titolo e relazione e, dunque, potrebbe essere frutto di un mero *lapsus calami*.

Una **soluzione alternativa potrebbe anche essere quella di replicare il modello sancito dall'art. 604 c.p.** per i delitti contro la personalità individuale e la libertà sessuale, le cui norme incriminatrici si applicano quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, o ancora dallo straniero in concorso con cittadino italiano (in quest'ultima ipotesi lo straniero è punibile per i soli delitti, di quella categoria, la cui pena detentiva edittale non sia inferiore nel massimo a cinque anni e in presenza di richiesta del Ministro della giustizia).

Un profilo ulteriore, meritevole di considerazione, concerne **le implicazioni, sul nato, dell'estensione extraterritoriale dell'incriminazione del ricorso alla maternità di sostituzione**. In altri termini, la condivisibile esigenza di rendere effettivo tale divieto, contrastando il turismo procreativo, dovrebbe tuttavia contemplare anche una **clausola di salvaguardia adeguata per i diritti dei nati, comunque, da tali procedimenti**, carente nell'impianto della l. 40/04 pur a fronte del divieto (art. 9) di disconoscimento del minore nato da fecondazione eterologa, originariamente configurata come illecita *tout court*. Tale norma intendeva impedire che l'eventuale elusione del divieto di fecondazione eterologa mediante, ancora una volta, turismo procreativo, potesse risolversi in una *denegatio tutelae* del minore così nato.

Andrebbe, pertanto, **ipotizzata una norma analoga anche per il nato da gestazione per altri**, valorizzando i principi sanciti dalla sentenza 494/01 della Corte costituzionale rispetto allo *status filiationis* dei nati da incesto o, comunque, dalla sentenza 33/2021 sulla maternità di sostituzione, secondo cui *“[i]l compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell’individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco”, “[d]i fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore”*. Una tutela analoga parrebbe, peraltro, imposta dalla giurisprudenza convenzionale, che nel sindacare la legittimità delle norme sulla gestazione per altri valorizza sempre l’esigenza di garanzia della tutela effettiva del superiore interesse del nato da tale pratica, per evitare che su di lui ricadano le conseguenze pregiudizievoli di violazioni di norme realizzate dai genitori d’intenzione.

Grazie della vostra attenzione.