

SURROGAZIONE DI MATERNITÀ: LA PRETESA DI UN DIRITTO PUNITIVO UNIVERSALE. OSSERVAZIONI SULLE PROPOSTE DI LEGGE N. 2599 (CARFAGNA) E 306 (MELONI), CAMERA DEI DEPUTATI (*)

di Marco Pelissero

Il contributo analizza due proposte di legge presentate nell'attuale legislatura al fine di estendere l'applicazione della legge penale italiana al reato di surrogazione di maternità commesso all'estero. Ripercorrendo i principi generali sull'ambito di applicazione della legge penale nello spazio e le scelte di incriminazione della l. 40/2004 sulla gestazione per altri, l'Autore esprime un giudizio critico sulle due proposte, espressione di una vocazione panpenalista.

SOMMARIO: 1. L'oggetto delle due proposte. – 2. L'applicazione della legge penale italiana al delitto di maternità surrogata commesso all'estero. La disciplina vigente. – 3. Le ragioni contrarie alla estensione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero. – 3.1. Rilievi in ordine all'opportunità e alla ragionevolezza dell'intervento penale rispetto ai fatti commessi all'estero. – 3.2. Distoria delle proposte di legge rispetto alla disciplina dei reati commessi all'estero. – 3.3. Antinomia tra inasprimento della proposta di controllo penale per fatti commessi all'estero e disciplina civilistica sul riconoscimento degli atti di nascita e sulla procedura di adozione. – 4. Riflessioni a margine della proposta di legge n. 306.

1. L'oggetto delle due proposte.

Le due proposte di legge n. [2599](#) e [306](#) presentate alla Camera dei Deputati si caratterizzano per semplicità di struttura, parzialmente divergente, ma implicano entrambe questioni complesse, già solo per il fatto di intervenire su una disciplina penale densa di implicazioni etiche, antropologiche, sociali, prima ancora che giuridiche. Propongono di estendere i limiti di applicazione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero in relazione alle fattispecie di surrogazione di maternità (entrambe le proposte) e alla commercializzazione di ovuli e gameti (su questa fattispecie interviene solo la proposta di legge n. 306); si differenziano anche in relazione ai soggetti destinatari della proposta di estensione della giurisdizione italiana, perché la proposta "Carfagna" è riferita ai soli cittadini, mentre la proposta "Meloni" estende gli effetti anche agli stranieri. Non si tratta di proposte nuove, in quanto già in tal senso si erano espresse

(*) Il contributo sviluppa le considerazioni esposte in sede di audizione in Commissione giustizia della Camera dei deputati in data 4 maggio 2021.

altre proposte di legge¹. Procederò con l'analisi del profilo di disciplina comune alle due proposte, ossia l'estensione della giurisdizione italiana ai fatti di surrogazione di maternità commessi dal cittadino italiano all'estero; svilupperò alcuni rilievi conclusivi sugli elementi di specificità della seconda proposta.

2. L'applicazione della legge penale italiana al delitto di maternità surrogata commesso all'estero. La disciplina vigente.

La scelta della l. 40/2004 di incriminare la surrogazione di maternità (art. 12, comma 6) non nasce da un vincolo sovranazionale, ma da un'opzione di politica criminale del legislatore entro la cornice di una legge che, più in generale, è caratterizzata da forti limitazioni nell'accesso alla maternità assistita, presidiate da sanzioni punitive, amministrative e penali². Peraltro, proprio in relazione alla maternità surrogata la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce un ampio margine di apprezzamento agli Stati nazionali, trattandosi di opzioni che implicano valutazioni etiche rimesse ai singoli ordinamenti³. In effetti, il panorama comparato offre indicazioni non omogenee sia sui limiti di liceità di questa procedura sia sulle scelte sanzionatorie che possono andare dall'ampia criminalizzazione prevista dalla legge italiana, alla limitazione della rilevanza penale alle forme di surrogazione di tipo commerciale, alla previsione di sole sanzioni amministrative⁴. La presenza di normative differenziate si spiega in forza delle diverse sensibilità etiche di fondo e dalla diversa conformazione del bilanciamento tra gli interessi in gioco, estranei all'interesse dei committenti alla genitorialità: l'interesse del minore al proprio *status* giuridico, la dignità della donna che si impegna a portare avanti la gravidanza, l'impianto della legge sull'adozione finalizzata ad assicurare rapporti genitoriali in assenza di legami biologici. Si tratta di sfere di interessi sulla cui individuazione convergono importanti sentenze della Corte di cassazione a Sezioni unite⁵. La massimizzazione della tutela di questi beni giuridici spiega le posizioni protezionistiche più estreme che vietano *tout court* qualunque forma di surrogazione di maternità, sul presupposto che solo un divieto così ampio sarebbe in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento delle condizioni di fragilità delle donne che, specie nei paesi più poveri, sono disposte a mettere a disposizione il proprio corpo per soddisfare l'interesse alla genitorialità dei committenti; su altri versanti si pongono le posizioni che differenziano le esigenze di controllo ed i divieti in ragione della gratuità o onerosità della surrogazione, in quanto solo questa seconda forma

¹ Per i necessari riferimenti v. TRINCHERA (2017), p. 1418, nota 36.

² Per un quadro generale su tali scelte e sugli interventi della Corte costituzionale, v. DOLCINI (2014a), p. 1669 ss.

³ Corte EDU, 26 giugno 2014, Menneson c. Francia, punto 79 motivazione.

⁴ Riferimenti in TIGANO (2019), pp. 34 ss., 67 ss., 97 ss.; GRASSO (2020), p. 49 ss.

⁵ Cass. Sez. un. civ., 6 novembre 2018, n. 12193, commentata da LUCCIOLI (2020), p. 152 ss.; in senso analogo Cass., Sez. un. civ., 31 marzo 2021, n. 9006.

sarebbe connotata dal rischio di sfruttamento delle condizioni di vulnerabilità della donna.

Le due proposte di legge non intervengono sulla struttura della fattispecie, incentrata sulla surrogazione di maternità, della quale il legislatore, «con scelta discutibile»⁶, non ha dato alcuna definizione, pur potendo essere plurime le combinazioni tra committenti (e loro materiale biologico) e colei che porta avanti la gravidanza⁷. Non sono, quindi, in discussione gli interessi che il legislatore ha inteso tutelare attraverso una incriminazione di portata amplissima, al punto che la dignità della donna è tutelata anche rispetto agli atti di disposizione del proprio corpo frutto di libera autodeterminazione, anche quando è frutto di una scelta solidaristica (il profilo della mercificazione non è, dunque, elemento essenziale della norma incriminatrice italiana)⁸.

Non si propone la revisione del trattamento sanzionatorio, che, in ragione della elevata pena pecuniaria e della pena accessoria, sembra essere stato pensato come strumento repressivo nei confronti dell'esercizio organizzato in chiave economica della surrogazione di maternità più che come strumento di dissuasione della soddisfazione del desiderio di genitorialità dei committenti; la pena detentiva prevista, invece si assesta entro una cornice edittale (reclusione da sei mesi a due anni) che colloca il delitto entro la fascia medio bassa delle fattispecie per le quali sono possibili istituti deflattivi che consentirebbero di non arrivare ad una sentenza di condanna e, in ogni caso, di evitare l'esecuzione della pena detentiva.

Non sono in discussione gli effetti penali indiretti che la maternità surrogata realizzata all'estero potrebbe avere in Italia in relazione ad altre fattispecie incriminatrici invocabili per sanzionare le condotte successive che si dipanano tra la denuncia della nascita all'estero alla richiesta di trascrizione all'ufficiale di stato civile: la sussistenza del delitto di alterazione di stato (art. 567, comma 2 c.p.) va accertata in relazione alle dichiarazioni rese dinanzi alle autorità pubbliche straniere dello Stato nel quale la nascita è avvenuta⁹; le false dichiarazioni rese alle autorità consolari o diplomatiche, alle quali va chiesta la trasmissione in Italia dell'atto di nascita, ovvero dinanzi all'ufficiale di stato civile del comune di residenza dei genitori in sede di richiesta di trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero (art. 495 c.p.). Prevalentemente la giurisprudenza ha escluso l'applicabilità di questi reati con argomenti convincenti che chiamano in causa il rispetto del principio di riserva di legge e la necessità di ancorare le fattispecie penali al carattere

⁶ DOLCINI (2011), p. 1551.

⁷ Sulle incertezze nella interpretazione della nozione di surrogazione di maternità v. VALLINI (2012), p. 142 ss.; TRINCHERA (2017), p. 1395 ss.; TIGANO (2019), p. 350 ss.

⁸ VALLINI (2017), p. 901 ss.

⁹ Privo di pregio è il rilievo di chi, per cercare di considerare commesso in Italia quantomeno il delitto di alterazione di stato, considera parte del fatto tipico la richiesta di trascrizione all'ufficiale di stato civile del comune di residenza dell'atto di nascita (TRANQUILLO (2015), p. 2 ss.): la condotta deve avvenire «nella formazione di un atto di nascita» e va, quindi, collocata al tempo della dichiarazione resa all'ufficiale di stato civile, essendo un post factum la successiva richiesta di trascrizione di cui, semmai, si dovrà valutare l'autonoma possibile rilevanza penale.

normativo della nozione di falsità e agli obblighi che incombono sui richiedenti il riconoscimento del titolo¹⁰.

La due proposte di legge intendono, più limitatamente, estendere l'ambito di applicazione del delitto di maternità surrogata anche ai fatti commessi dal cittadino italiano all'estero al fine di ostacolare il c.d. turismo procreativo, in quanto è noto la norma penale approvata dal legislatore italiano sia di fatto elusa, ricorrendo alla pratica della maternità surrogata in Paesi nei quali è ammessa, secondo modelli di disciplina peraltro non omogenei¹¹.

Premetto che è pacifico che le vicende di cui si è avuto riscontro in sede giudiziaria riguardano esclusivamente fatti commessi all'estero, mancando i requisiti della pur ampia nozione di fatto commesso sul territorio dello Stato (art. 6 c.p.). La questione involge due profili: l'individuazione del fatto di surrogazione di maternità e dei soggetti responsabili.

Anzitutto, in relazione alle due proposte di legge viene in rilievo la condotta di "realizzazione" della surrogazione di maternità che può coinvolgere i committenti, mentre le condotte di organizzazione e pubblicizzazione interessano i gestori sul piano amministrativo e medico dell'intera procedura. La realizzazione include non solo l'intervento medico assistito, ma la complessa procedura che si completa con la consegna del neonato ai committenti¹². Dubbi, semmai, investono l'inclusione nel fatto tipico del momento dell'accordo tra committenti e gestori della struttura in cui l'intervento sarà praticato¹³; peraltro, ai fini del riconoscimento del fatto commesso sul territorio dello Stato – è questo il punto che qui interessa – è sufficiente che l'accordo sia concluso in Italia, in ragione dell'ampia nozione accolta dall'art. 6 c.p. che, nella interpretazione prevalente, considera azione commessa anche solo in parte nel territorio dello Stato l'accordo concluso in Italia rispetto ad un fatto che si è poi completamente sviluppato all'estero¹⁴. Se, dunque, questi diversi momenti si realizzano interamente all'estero, come è accaduto nei casi giunti all'attenzione della magistratura italiana, siamo nell'ambito di applicazione degli artt. 9 e 10 c.p.

In secondo luogo, è necessario chiedersi chi siano i soggetti attivi del reato: se è certo che vadano inclusi coloro che, a vario titolo, sono coinvolti nell'organizzazione della complessa procedura (ossia i gestori della clinica ed il personale, medico ed amministrativo), i dubbi hanno investito i committenti, il cui coinvolgimento sul piano della responsabilità penale è il presupposto da cui partono entrambe le proposte di

¹⁰ In dottrina: TIGANO (2019), p. 405 ss.; VALLINI (2020), p. 1 ss.; ID. (2017), p. 909 ss.; SPENA (2015), 1559 ss.; TRINCHERA (2015), p. 418 ss.; ID. (2017), p. 1418 ss.; DOLCINI (2014b), p. 79 ss.; MADEO (2016), p. 1088 ss.; CASSANI (2015), p. 926 ss. In senso assolutorio v. Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2016, in *Cass. pen.*, 2017, 1358 ss. con nota di PULITANÒ; Cass., Sez. V, 5 aprile 2016, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1085; Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2016, n. 48696, in *Dir. pen. proc.*, 2017, con nota di VALLINI; Trib. Milano, sez. V, 15 ottobre 2013, in *Dir. pen. cont.*, 21 febbraio 2014, con nota di TRINCHERA; Trib. Varese, 8 ottobre 2014, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2014, con nota di TRINCHERA.

¹¹ PULITANÒ (2017), p. 1371; TRINCHERA (2017), p. 1393; VALLINI (2017), P. 899.

¹² SPENA (2015), P. 1547 ss.

¹³ Per una lettura ristretta con esclusione dell'accordo, v. VALLINI (2012), P. 144.

¹⁴ ROMANO (2004), P. 123; VINCIGUERRA (1999), p.393.

legge. Orbene, la dottrina è concorde nell'estendere la responsabilità penale ai committenti, sebbene sia divisa in ordine alle argomentazioni giuridiche a supporto del loro coinvolgimento: da un lato, c'è chi direttamente li include tra i soggetti attivi della condotta di "realizzazione" della surrogazione di maternità, in quanto il loro intervento è essenziale della complessa procedura che li vede coinvolti in tutte le fasi, dall'accordo all'atto finale di consegna del nato¹⁵; dall'altro lato, c'è chi, partendo da una nozione ristretta di organizzazione, tale da includere solo gli organizzatori attivi della pratica di surrogazione (personale medico ed amministrativo che offre il supporto necessario), coinvolge i committenti sul piano della responsabilità penale a titolo di concorso di persone nel reato¹⁶. Isolata, è invece, rimasta la posizione espressa dal Tribunale di Bologna che ha escluso la responsabilità penale dei committenti, costruendo la struttura del delitto di maternità surrogata sul modello delle disposizioni penali in tema di prostituzione, dove la scelta fatta dal legislatore è stata quella di non incriminare l'atto di prostituirsi, ma le condotte collaterali di sfruttamento e organizzazione¹⁷. A mio avviso, la responsabilità penale dei committenti trova un solido fondamento normativo nell'art. 12, comma 8 l. 40/2004, che escluda la responsabilità dell'uomo e della donna ai quali sono applicate le tecniche di procreazione medicalmente assistita nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 dello stesso articolo: la mancata menzione del sesto comma, che contempla la surrogazione di maternità, rappresenta un chiaro indicatore della *voluntas legis* di coinvolgere anche i committenti¹⁸, e poco importa, ai fini dei rilievi sulle due proposte, che ciò avvenga considerandoli destinatari diretti del precetto o concorrenti atipici nella condotta di realizzazione.

Pertanto, considerato che anche i committenti possono essere chiamati a rispondere del reato di surrogazione di maternità, l'applicabilità dell'art. 12, comma 6 l. 40/2004 ai fatti commessi all'estero dai cittadini italiani ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 9, comma 2 c.p. che, per i delitti puniti con pena inferiore nel minimo a tre anni (come il delitto in oggetto), condiziona la punibilità del cittadino italiano alla sua presenza nel territorio dello Stato e alla richiesta del Ministro della giustizia (ovvero a istanza o a querela della persona offesa, condizione che nella fattispecie in esame non rileva).

La prevalente dottrina richiede, come requisito implicito, anche la doppia incriminazione, ossia il fatto deve costituire reato anche nell'ordinamento dove è stato commesso il fatto¹⁹, sulla base di diversi argomenti che richiamano il principio di legalità²⁰ o il principio di colpevolezza²¹ o, come è da ritenere preferibile, il rapporto ed

¹⁵ RISICATO (2008), p. 52; SPENA (2015), p. 1550 ss.; TRINCHERA (2017), p. 1402 ss.; TIGANO (2019), p. 386.

¹⁶ DOLCINI (2011), p. 1553; VALLINI (2012), p. 145.

¹⁷ Trib. Bologna, 28 marzo 2017, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1207 ss. con nota di MIGLIO.

¹⁸ Per tutti v. DOLCINI (2011), p. 1553.

¹⁹ Non richiede questo requisito *de iure condito*, F. MANTOVANI (2017), p. 898.

²⁰ ROMANO (2004), p. 143; CARACCIOLI (1962), p. 973 ss.

²¹ Fondano la necessità della doppia incriminazione su entrambi i principi, di legalità e di colpevolezza, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA (2020), p. 164; MANNA (2015), p. 137; Cass., Sez. I, 17 settembre 2002, n. 38401. Su ragioni di natura soggettiva sembra orientato anche DE VERO (2012), p. 336. Evidenzia, invece, il carattere controverso di tale requisito in giurisprudenza, riconoscendo di conseguenza l'errore inevitabile sulla legge

i limiti della nostra giurisdizione rispetto alle scelte fatte da altri ordinamenti²². L'estensione dell'applicazione della legge penale italiana a fatti che secondo la *lex loci* non costituiscono reato, «avrebbe l'effetto di scardinare del tutto le frontiere tra ordinamenti», imponendo ai giudici dello Stato richiesto di «consegnare un soggetto per un fatto che non è previsto come reato dal proprio ordinamento»²³. Peraltro, la maggior parte degli ordinamenti prevede la doppia incriminazione come condizione per l'estensione della legge penale nazionale ai fatti commessi all'estero²⁴. A ritenere altrimenti, il giudice dello Stato emittente, «incarnerebbe la metafora del cavaliere errante della giustizia penale»²⁵.

Tuttavia, anche se ai fini dell'applicazione dell'art. 9 c.p. si ritenesse non necessario il requisito della doppia incriminazione, dovrebbe comunque intervenire la richiesta del Ministro della giustizia e non mi risulta che dal 2004, anno di entrata in vigore del nuovo reato, che il ministero si sia attivato in tal senso, segno evidente, anche da parte del massimo rappresentante governativo della giustizia, dello scarso interesse alla persecuzione di questi fatti sui quali si stanno appuntando le due proposte di legge.

3. Le ragioni contrarie alla estensione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero.

A mio avviso, alla luce del complesso della disciplina penale vigente, più ragioni depongono in senso sfavorevole alle proposte di estensione della legge penale italiana ai fatti di surrogazione di maternità commessi dal cittadino italiano all'estero.

3.1. Rilievi in ordine all'opportunità e alla ragionevolezza dell'intervento penale rispetto ai fatti commessi all'estero.

Il legislatore italiano ha fatto una scelta del tutto legittima sul piano delle scelte di incriminazione e non è qui in discussione una riflessione critica su tale scelta ed in particolare sull'ampiezza dell'incriminazione, sulle quali si è di recente anche confrontata l'Associazione italiana dei professori di diritto penale nell'ambito di una più ampia proposta di riforma dei delitti contro la persona²⁶; né è in discussione il trattamento sanzionatorio (draconiano in punto pena pecuniaria) ivi previsto. Tuttavia, mi limito a due rilievi che fondano il giudizio negativo sulle proposte di legge in esame. Da un lato, è indubbio che il legislatore italiano abbia fatto una scelta amplissima di

penale, Cass., Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525. In senso contrario alla necessità di questo requisito, SPENA (2015), p. 1556 ss.; F. MANTOVANI (2017), p. 898; PAGLIARO (1973), p. 1059.

²² TRINCHERA (2017), p. 1413. Sulla questione v. ampiamente DI MARTINO (2006), p. 120 ss.

²³ DI MARTINO (2006), p. 282.

²⁴ Sul punto TRINCHERA (2017), p. 1414 ss.

²⁵ Così DI MARTINO (2006), p. 283.

²⁶ I testi delle proposte possono essere letti sul sito www.aipdp.it.

incriminazione che sanziona qualsiasi forma di maternità surrogata: l'unica effettiva limitazione sembra costituita dalla necessità che la gestazione per altri avvenga attraverso forme di maternità assistita dall'intervento medico, in ragione dell'inserimento della fattispecie all'interno della l. 40/2004²⁷; per il resto, però, sebbene parte autorevole della dottrina abbia proposto letture restrittive della fattispecie²⁸ che, tuttavia, difficilmente si conciliano con il dettato normativo e con la lettura che ne ha dato la giurisprudenza, la scelta del legislatore va nella direzione di un'ampia incriminazione che sanziona le possibili forme di gestazione per altri, sia a titolo gratuito che oneroso, con o senza indizi di sfruttamento della gestante (mentre le relazioni illustrative alle due proposte di legge si soffermano proprio sulla seconda tipologia di surrogazione che apre al mercato delle gravidanze e allo sfruttamento della dignità della donna, specie nei Paesi più poveri dove la regolamentazione della gestazione per altri non è disciplinata in modo da evitare possibili forme di abuso). In dottrina quest'amplessima incriminazione è sembrata frutto di «tabù irrazionalmente accolti»²⁹. Dall'altro lato, però, come evidenziavo all'inizio, il contesto internazionale è alquanto frastagliato sulla legittimità del ricorso alla gestazione per altri e sulle scelte sanzionatorie previste nei diversi ordinamenti (in Francia, ad esempio, la pratica è vietata, ma non costituisce reato)³⁰. È un contesto complesso ben noto alla Corte EDU che non a caso lascia agli Stati nazionali ampi margini di apprezzamento.

Se consideriamo congiuntamente l'ampiezza dell'incriminazione adottata dalla legge italiana e la pluralità delle discipline in altri sistemi, a me pare che le proposte di legge in esame si muovano entro un orizzonte di accentuato paternalismo, che vorrebbe estendere l'applicazione della legge penale anche a condotte che, in altri ordinamenti, sono del tutto lecite: una sorte di «paternalismo indiretto», «espressione di una idea di Stato tutore della moralità dei suoi cittadini, ovunque vadano», in contrasto «con i principi del liberalismo politico»³¹.

²⁷ Posizione condivisa in dottrina: TIGANO, *op. cit.*, 365; VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 144; TRINCHERA, *Limiti spaziali*, cit., 1398.

²⁸ VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 148 ss., il quale propone di leggere in termini restrittivi il riferimento alla maternità surrogata, considerando tale solo quella nella quale l'ovulo della madre intenzionale viene impiantato nell'utero della madre surrogata, in quanto la ratio della norma penale sarebbe quella di evitare il possibile confrontarsi di «due diverse ed eguali pretese di maternità», quella sul piano biologico e quella su piano gestazionale.

²⁹ MOCCIA, *Un infelice compromesso: il testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Crit. dir.*, 1998, 248, 253. Critici sull'estensione della incriminazione RISICATO, *op. cit.*, 52; DOLCINI, *La procreazione*, cit., 1551; CAVALIERE, *Né integralismi religiosi, né bio-mercificazione. Le biotecniche nello stato sociale di diritto*, in *Crit. dir.*, 1999, 336. Sui rischi della gestazione per altri solidaristica, quando il rimborso spese finisce per nascondere una onerosità mascherata, v. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 928.

³⁰ DOVA, *op. cit.*, 921 ss.

³¹ PULITANÒ, *Surrogazione*, cit., 1372.

3.2. *Distonia delle proposte di legge rispetto alla disciplina dei reati commessi all'estero.*

Rispetto ai fatti commessi all'estero, il codice penale Rocco aveva già adottato una disciplina severa, espressione della potenzialità espansiva del potere punitivo e della mancanza di fiducia nell'amministrazione della giustizia in altri sistemi. Le due proposte di legge vanno oltre i limiti fissati dall'art. 9 c.p.

Ora, partiamo dal presupposto che nella disciplina relativa ai reati commessi all'estero, connotati da elementi di "estraneità" rispetto all'ordinamento giuridico italiano³², il legislatore è internazionalmente e costituzionalmente libero di adottare uno o più criteri di collegamento che giustifichino l'applicazione della legge italiana oltre i confini nazionali³³. Nulla esclude che il legislatore possa, in relazione a determinate fattispecie di reato a tutela di specifici interessi, prevedere l'applicazione della legge penale italiana in termini più ampi di quelli tracciati dall'art. 9 c.p. Ne sono espressione due tipologie di estensione previste dal nostro sistema: la disciplina generale di cui agli artt. 7 e 8 c.p., con applicazione della legge penale reati commessi all'estero da chiunque siano stati commessi, incondizionatamente (art. 7) o in presenza di specifiche condizioni (art. 8); la disciplina speciale prevista in relazione a specifiche fattispecie di reato, rispetto alle quali il legislatore ha voluto assicurare una tutela più ampia di quella dell'art. 9 c.p., anche qualora il fatto sia commesso all'estero, come nei delitti di violenza sessuale e nei delitti contro la personalità individuale, che includono le fattispecie, di schiavitù, tratta, pedopornografia (art. 604 c.p.).

I reati che sono assoggettati a queste forme di ampia estensione della giurisdizione italiana rispondono a due diverse *rationes*: la prima è la tutela di fondamentali interessi statuali, con marcata connotazione pubblicitica del tutto in linea con la vocazione espansiva del potere punitivo alla quale si ispirava il regime fascista (delitti contro la personalità dello Stato, falsità in monete e in sigilli dello Stato, reati a connotazione politica); la seconda, di più recente emersione, riguarda la tutela di interessi di riconosciuto valore universale, rispetto ai quali il principio di universalità esprime la solidarietà internazionale tra gli Stati nei confronti di beni la cui tutela è ovunque riconosciuta di interesse comune (genocidio, pirateria, terrorismo)³⁴. Nell'uno e nell'altro caso si tratta di reati sanzionati con pene particolarmente severe.

Invece, per il delitto di surrogazione di maternità è prevista una pena detentiva "bagatellare", in quanto la reclusione da tre mesi a due anni, colloca la fattispecie entro la fascia dei reati ai quali si applicano istituti deflattivi (la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, la sospensione del processo con messa alla prova, la sospensione condizionale della pena detentiva); è, invece, draconiana la pena pecuniaria (da euro seicentomila a euro un milione), nella quale il minimo della pena è ben dodici volte superiore al valore massimo che la pena della multa, per disposto generale, può

³² Su tali criteri v. la tradizionale partizione riferita al luogo, ai soggetti e all'interesse di LEVI, *Diritto penale internazionale*, Padova, 1949, passim.

³³ PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, 368; DI MARTINO, *op. cit.*, 72 ss.

³⁴ DI MARTINO (2006), p. 69; MANTOVANI (2017), p. 891; PALAZZO (2021), p. 159; PASCULLI (2019), p. 99; MASTROJENI (2010), p. 109 ss.

assumere (art. 24 c.p.): il legislatore è libero di derogare a questo limite, ma è una deroga che si giustifica nei reati espressivi della criminalità del profitto, più che di un delitto posto a tutela di interessi della persona; tra l'altro, nel nostro sistema il disvalore dei reati che offendono beni personali è definito dalla gravità della pena detentiva comminata, che diventa una importante cartina di tornasole del disvalore che il legislatore ritiene di riconoscere al fatto.

Si presenta, pertanto, irragionevole la scelta di estendere, in deroga alla disciplina dell'art. 9 c.p., l'applicazione della legge penale italiana in relazione ad una fattispecie il cui disvalore, sul terreno sanzionatorio, non esprime affatto quella forte esigenza di tutela e di condivisione dei beni che si intendono tutelare.

3.3. Antinomia tra inasprimento della proposta di controllo penale per fatti commessi all'estero e disciplina civilistica sul riconoscimento degli atti di nascita e sulla procedura di adozione.

Sul piano del diritto di famiglia, i massimi organi di garanzia (Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte di cassazione e, recentemente, anche la Corte costituzionale) si muovono da tempo nella prospettiva della comprensione delle dinamiche dei rapporti familiari, intesi come legami di vita più che come legami biologici, guardando primariamente al superiore interesse del minore.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche nei casi di surrogazione di maternità, la cui rilevanza penale è rimessa alla valutazione dei legislatori nazionali, è volta a riconoscere il legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che del minore si prendono cura, almeno nei casi in cui sussista il legame biologico con uno dei due, segno, dunque, che non è di per sé la gestazione per altri a riflettersi negativamente sul diritto di famiglia³⁵.

Nella stessa direzione va, a mio avviso, letta la sentenza delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione che si sono pronunciate sulla questione del riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto tra il minore nato ed il genitore d'intenzione nei casi di maternità surrogata. È vero che le Sezioni unite qualificano il divieto penale di maternità surrogata come «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione» e che, proprio in forza della tutela di tali interessi presidiati dalla sanzione penale, considerati non irragionevolmente prevalenti sull'interesse del minore, giunge ad escludere il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero; tuttavia, le Sezioni unite non escludono la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale attraverso l'adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983). Dunque, la rilevanza penale nel nostro ordinamento di un fatto, che in un altro sistema è considerato lecito, non esclude forme di riconoscimento del rapporto genitoriale,

³⁵ Sentenze gemelle 26 giugno 2014 ric. N. 65192/11 (Mennesson c. Francia) e 65941/11 (Labassee c. Francia): su tali pronunce, v. TRINCHERA (2014).

sebbene non nella forma della trascrizione dell'atto adottato dalla pubblica amministrazione dello Stato estero, in ragione dell'ostacolo rappresentato dall'ampia nozione di ordine pubblico adottata dai giudici di legittimità che mantengono ferma l'inerenza del delitto di surrogazione di maternità a tale nozione. Ora, sebbene non vi sia uniformità di letture del limite dell'ordine pubblico agli effetti del riconoscimento di atti adottati all'estero³⁶, non di meno esprime un consolidato diritto vivente l'inclusione del divieto di maternità surrogata, al punto da giungere a consentire il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di una coppia omoaffettiva maschile, che attribuisca lo *status* genitoriale secondo il modello dell'adozione piena, ma solo «ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione»³⁷.

Anche la Corte costituzionale va nella direzione della tutela del superiore interesse del minore nell'ambito della disciplina civilistica che interagisce con il divieto di maternità surrogata. Nella sentenza n. 272/2017 la Corte valorizza la centralità dell'interesse del minore alla conservazione dello *status filiationis*, rispetto all'interesse alla verità sulla maternità "naturale"³⁸. Nella recentissima sent. 33 del 2021³⁹, la Consulta, pronunciandosi sulla non trascrivibilità dell'atto di nascita di minore nato da maternità surrogata all'estero, ribadisce la centralità assunta dal principio del superiore interesse del minore agli effetti di una forma di riconoscimento del legame familiare già instaurato, con elementi nuovi rispetto alla sentenza delle Sezioni unite civili del 2019.

La Corte costituzionale, richiamando la propria precedente giurisprudenza (sent. 272/2017), ribadisce che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina in profondo le relazioni umane», in quanto tali accordi «comportano il rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»⁴⁰. È una prospettiva che la Corte costituzionale collega anche alla presa di posizione del Parlamento europeo che nella risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha condannato «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali». Questa sentenza, analogamente alle Sezioni unite, considera l'interesse del bambino come valore "bilanciabile" rispetto agli altri in conflitto: a rilevare non è il diritto alla genitorialità, ma esclusivamente l'interesse del bambino «di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia»⁴¹; tuttavia, tale interesse «non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco»⁴², in quanto ciò comporterebbe «l'illimitata espansione di uno

³⁶ FEDERICO (2020), p. 647 ss.

³⁷ Cass., Sez. un. civ., 31 marzo 2021, n. 9006, con nota di CELENTANO (2021).

³⁸ Su tale bilanciamento, si rinvia a FERRANDO (2018), p. 449 ss.

³⁹ Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33. In tal direzione va letta anche la sentenza n. 32/2021 pronunciata nella stessa data, ma che riguarda un caso diverso relativo al riconoscimento del legame di filiazione di nato a seguito di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da una coppia dello stesso sesso.

⁴⁰ Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272.

⁴¹ *Ibidem*, punto 5.4 della motivazione.

⁴² *Ibidem*, punto 5.5 della motivazione.

dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»⁴³.

Il bilanciamento sta nel verificare la proporzionalità della compressione degli interessi del minore rispetto allo scopo legittimo di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità. Il punto di equilibrio, per assicurare questa proporzione, è rimesso all’ apprezzamento del legislatore, ma con alcuni limiti: il legislatore è sollecitato ad apprestare una disciplina che dia al minore maggiori garanzie di quelle offerte dall’ adozione in casi particolari, ossia garanzie superiori a quelle che le Sezioni unite civili avevano invece ritenuto sufficienti a soddisfare il bilanciamento con gli interessi tutelati dal delitto di surrogazione di maternità: ricollegandosi agli orientamenti espressi dalla Corte EDU, la Consulta indica come possibile soluzione «un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del minore». Nell’ indicare questa possibile soluzione, la Corte costituzionale aggiunge che «ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»⁴⁴.

La sentenza della Corte costituzionale non mette, dunque, in discussione la scelta di politica criminale sulla surrogazione di maternità (sul punto la posizione della Consulta è chiara); tuttavia, è la stessa Corte che parte dalla consapevolezza della pluralità delle scelte adottate nei diversi ordinamenti nazionali per trarne alcune conseguenze sulla tutela del minore.

A mio avviso, l’ approvazione di una proposta di legge volta ad ampliare l’ ambito di applicazione del delitto di cui all’ art. 12, comma 6 l. 40/2004 ai fatti commessi dal cittadino italiano all’ estero rappresenterebbe una scelta di politica criminale distonica rispetto alla direzione tracciata dalla Corte costituzionale sul terreno degli effetti civili, che non possono mai pregiudicare gli interessi del minore rispetto a condotte poste in essere dai genitori. Anche alla luce delle riflessioni che si sviluppano sul terreno della disciplina civilistica, è irragionevole una incriminazione potenzialmente onnivora, da un lato, e la ricerca di soluzioni che garantiscano al minore il riconoscimento di legami genitoriali attraverso la riforma dell’ adozione che, nei termini prospettati dalle Sezioni unite civili, si presenta, allo stato attuale dell’ adozione in casi particolari, inadeguato e bisognoso di interventi che vanno trovate sul terreno della disciplina dell’ adozione.

In questo ambito l’ ampliamento dell’ applicazione della legge penale ai fatti commessi all’ estero sembra più rispondere ad una necessità etica che non trova corrispondenza né nel sentire sociale, considerato che la gestazione per altri è ampiamente diffusa (prevalentemente coppie eterosessuali), né nel giudizio, per nulla omogeneo, della comunità internazionale.

⁴³ Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85.

⁴⁴ Corte cost. 33/2021, punto 5.7 della motivazione. Sui possibili effetti *de iure condito* della sentenza, v. GATTUSO (2021), p. 26 ss.

4. Riflessioni a margine della proposta di legge n. 306.

I limiti di ragionevolezza della proposta Carfagna si amplificano rispetto alla proposta Meloni che propone l'estensione anche alle condotte realizzate dallo straniero all'estero per i reati di surrogazione di maternità e di commercio di ovuli e gameti. Ora, prescindendo dalla diversità di struttura e di disvalore presente nelle due fattispecie, peraltro impropriamente accomunate sul versante sanzionatorio (la commercializzazione implica una finalità lucrativa, che non è elemento essenziale della surrogazione di maternità⁴⁵), le perplessità riguardano l'estensione dell'applicazione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero dallo straniero. La disciplina generale del codice penale all'art. 10 non ammette tale estensione. Infatti, fuori dai casi indicati dagli artt. 7 e 8, che si muovono nella direzione dell'universalità in ragione della tutela dei superiori interessi dello Stato, i delitti comuni degli stranieri commessi all'estero sono puniti in termini alquanto ristretti in due casi: a) se sono commessi a danno dello Stato o di un cittadino e si tratta di un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, sempre che l'autore si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del Ministro della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa; b) se sono commessi a danno dell'Unione europea, di uno Stato estero o di uno straniero, si richiede, tra altre condizioni, anche che si tratti di delitto per il quale è prevista la pena dell'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Ebbene, il delitto di maternità surrogata non rientra in nessuno delle due cornici edittali per le quali si deroga al principio di territorialità all'interno di un codice che già detta una disciplina tendenzialmente espansiva della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero.

Estendere allo straniero le disposizioni penali di cui all'art. 12, comma 6 l. 40/2004 si esporrebbe, specie in relazione alla fattispecie di surrogazione di maternità, a critiche di manifesta irragionevolezza, ben più solide di quelle che investono le scelte di incriminazione delle condotte tenute all'estero dai cittadini italiani: la norma penale italiana dovrebbe essere applicata ai gestori ed al personale medico delle strutture sanitarie che operano all'estero, nonché agli stranieri che a queste si rivolgono, in modo del tutto legittimo in base alla *lex loci*.

Un esito paradossale di panpenalismo.

⁴⁵ L'elemento lucrativo non espone la fattispecie di commercializzazione ai dubbi che solleva l'ampiezza dell'incriminazione della surrogazione di maternità: sul punto v. DOLCINI (2011), p. 1554; RISICATO (2008), p. 52; CANESTRARI (2015), p. 53.