

# Osservazioni in tema di extraterritorialità della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero

***Maria Antonella Pasculli***

*Professore aggregato di Criminologia  
Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

1. Premessa. L'esame delle proposte di modifica all'art.12, comma 6, l. 40/2004. 1.1. La proposta n. 1026 (Lupi et al.). 1.2. La proposta n. 887 (Varchi et al.) 1.3. La proposta C342 (Candiani et al.)
2. Problematiche emerse. - 2.1. I limiti spaziali della norma penale. Questioni tecniche in tema di territorialità ed extraterritorialità. - 2.2. La doppia incriminazione tra legalità e colpevolezza. - 2.3. Perché estendere la fattispecie *ex* art. 12, comma 6, l. 40/2004 al di là del territorio dello Stato.

1. **Premessa.** L'esame delle proposte di modifica all'art.12, comma 6, l. 40/2004. 1.1. La proposta A.C. n. 1026 (Lupi et al.). 1.2. La proposta A.C. n. 887 (Varchi et al.) 1.3. La proposta A. C. 342 (Candiani et al.)<sup>1</sup> .

Le tre proposte si caratterizzano per omogeneità di struttura (un solo articolo)<sup>2</sup>, parzialmente divergente<sup>3</sup>, con l'introduzione di specifico comma *bis* dalle note caratterizzanti di fattispecie penale, sia sotto il profilo oggettivo, sia sul versante più specificatamente soggettivo.

Tralascero in questa sede le implicazioni etico-filosofiche, evolutive-sociali, sociologiche-esistenziali - pur altamente rilevanti -, soffermandomi - se è possibile - esclusivamente sulle questioni giuridiche, connesse all'estensione dei limiti di applicazione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero in relazione alle fattispecie di surrogazione di maternità e alla commercializzazione di *bambini* .

La prime due ipotesi si differenziano anche in relazione ai soggetti destinatari dell'estensione possibile della giurisdizione - penale - italiana, perché la proposta A. C. n. 1026 è riferita ai soli cittadini, mentre la proposta A.C. n. 887 include anche agli stranieri. Quanto alla proposta A.C. n. 342 si pone l'ulteriore questione della tipizzazione di *nuovo* reato, quale pratica di procreazione medicalmente assistita - leggi surrogazione di maternità -, configurabile come traffico commerciale di bambini, traslitterazione in senso penalistico della locuzione "turismo procreativo", ai fini dell'offensività, dell'anticipazione della tutela, del fine specifico (o dolo specifico) di "trafficare" con gameti, embrioni ed esseri umani.

---

<sup>1</sup> Il testo sviluppa le considerazioni esposte in sede di audizione in Commissione giustizia della Camera dei deputati in data 26 aprile 2023.

<sup>2</sup> Proposta A. C. n. 1026. Art. 1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: « Le pene stabilite dal presente comma per la surrogazione di maternità si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano».; Proposta A.C. n. 887. 1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero».

<sup>3</sup> Proposta A.C. 342. 1. Dopo il comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è inserito il seguente: « 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».

## 2. Problematiche emerse. - 2.1. I limiti spaziali della norma penale. Questioni tecniche in tema di territorialità ed extraterritorialità.

In relazione all'elemento comune delle tre proposte di legge ci soffermiamo sui criteri presenti nel nostro codice che ci consentono di applicare la legge penale italiana a fatti commessi all'estero, ovvero gli artt. 7, 8, 9, 10 c.p.

L'art. 7 c.p. punisce incondizionatamente una serie articolata di crimini anche se commessi all'estero, senza l'aggancio territoriale, normativamente richiesto dal codice *ex art.* 6 c.p., senza, cioè, che sia necessaria la presenza del reo in Italia o senza il concorso di alcuna causa di procedibilità. Trattasi di ipotesi differenziate di delitti a tutela di interessi direttamente riconducibili allo Stato, quali le fattispecie contenute nel Titolo I Libro II c.p. (delitti contro la personalità dello Stato, o di contraffazione di sigillo, falso nummario o delitti commessi da pubblici ufficiali o a servizio dello Stato, abusando dei propri poteri o violando doveri confacenti le loro funzioni), sino, per concludere, alle disposizioni concernenti il n. 5 dell'art. 7 c. p., quali i crimini previsti da speciali disposizioni di legge o da convenzioni internazionali (come, ad esempio, l'art. 604 c.p., così come modificato dall'art. 10, legge n. 269/1998, a giustificare l'intervento penale all'estero in tema di turismo sessuale in danno di minori, con l'estensione della punibilità nel caso di delitto commesso da straniero in danno a cittadino straniero per effetto della previsione dell'art. 10, comma 2 c.p.).

Se si volesse applicare la disposizione dell'art. 7 c.p. a garantire una portata *universale* del modello di responsabilizzazione, occorrerebbe meglio individuare nel dettaglio della norma da introdurre elementi specializzanti la fattispecie di divieto di maternità surrogata, enfatizzando i profili di commercializzazione del corpo umano, dell'essere umano, della umana civiltà, e dunque, punire in tal senso chi realizzi all'estero una pratica del genere, servendosi di donne in condizioni di estrema difficoltà economica - come in certe aree geopolitiche ben localizzate - dietro il pagamento di una somma - irrisoria o non irrisoria che sia - traendo benefici personali dallo sfruttamento indiscriminato di essere umani in difficoltà, senza tener conto in questo caso degli effetti anche mortali che una gravidanza surrogata (o non ) possa comportare.

A tal fine, dunque, la proposta A.C. 342 potrebbe meglio rispondere a questa esigenza, sviscerando in termini più propriamente giuridici la locuzione "traffico commerciale di bambini", oppure riscrivendo sotto altri profili di tassatività e determinatezza la condotta incriminata di cui all'art. 12, comma 6, anche ai fini di cui ultra di maggiore offensività normativa.

Le altre due proposte - più scarse - potrebbero essere inquadrare nella normativa generale degli artt. 9, 10 c.p., ovvero i delitti comuni commessi all'estero che sono puniti secondo la legge italiana alle condizioni previste dall'art. 9 c.p., se autore del reato è un cittadino italiano, o dall'art. 10 c.p., se autore del reato è uno straniero. In questo caso sono punibili *ex art.* 9 c.p., i cittadini italiani, che abbiano commesso un delitto comune all'estero e vengano poi a trovarsi in territorio italiano, (che commettano all'estero un delitto di certa gravità in danno allo Stato o a cittadino italiano, oppure a danno delle Comunità europee, di Stato estero o di straniero, su richiesta del Ministro di giustizia, previa presenza in territorio italiano, ed in caso di mancata estradizione). Sono assimilabili a tali ipotesi generali proprio i casi di coppie che, a fronte del divieto di maternità surrogata, si rechino all'estero per effettuale la pratica nelle variabili e varianti mediche del caso e poi tornino in Italia con il figlio generato dalla madre surrogata , quali genitori d'intenzione. L'ipotesi normo-spaziale dell'art. 9 c.p. si ispira al principio di personalità attiva, con indicazione sostanziale dei soggetti attivi del reato, ed afferisce unicamente ai delitti puniti con sanzione detentiva.

Come già sostenuto da autorevole dottrina sul punto<sup>4</sup>, 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,

---

<sup>4</sup> Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., p. 32.

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 legge.

Anche in questo caso per ammettere l'applicabilità della norma generale *ex art. 9 c.p.* occorrerebbe specificare chi siano gli autori del reato (eventualmente mutare il profilo dell'autore del reato da comune a proprio) e distinguere tra i soggetti attivi del reato i genitori d'intenzione, la madre surrogata, il medico che effettua la pratica medicalmente assistita, personale medico in generale con la reclusione e la struttura sanitaria - in qualità di persona giuridica - o gli operatori amministrativi - soggetti in posizione apicale e non - con la pena pecuniaria. In entrambi i casi occorrerebbe un intervento legislativo tipizzante<sup>5</sup>.

**2.2. La doppia incriminazione tra legalità e colpevolezza.** È stato ampiamente discusso in dottrina e in giurisprudenza se l'applicabilità della legge penale italiana ai delitti comuni commessi all'estero dal cittadino *ex art. 9 c.p.* (ed anche in riferimento ai delitti comuni commessi all'estero dallo straniero *ex art. 10 c.p.*) sia subordinata al requisito della doppia incriminazione, inteso come previsione del fatto/reato sia secondo la legge italiana, sia secondo la legge dello Stato dove la fattispecie sia stata realizzata nel rispetto della legalità formale o della colpevolezza. In ipotesi di maternità surrogata *ex art. 12*, comma 6 l. n. 40/2004, essendo un reato comune punito con la pena inferiore nel minimo a tre anni di reclusione, la punibilità in Italia è subordinata alle condizioni indicate dall'*art. 9 c. 1 e 2 c.p.* (la presenza del reo e la richiesta del Ministro della giustizia). Tale fattispecie incriminatrice, dunque, può trovare applicazione a condizione che chi realizza il trattamento di procreazione medicalmente assistita, vietato dalla legge italiana, si trovi sul territorio dello Stato al momento dell'esercizio dell'azione penale e a condizione che il Ministro della giustizia abbia avanzato richiesta perché si proceda per tale delitto nel caso concreto<sup>6</sup>.

La Cassazione (C. V, n. 13525/2016) ha rilevato l'esistenza di un contrasto sia dottrinale che giurisprudenziale intorno al requisito della doppia incriminazione<sup>7</sup>. Tale situazione di incertezza interpretativa determina — secondo la giurisprudenza richiamata — un errore inevitabile sulla portata applicativa dell'*art. 9 c.p.* e sulla perseguibilità del reato comune commesso all'estero dal cittadino italiano. Oggetto dell'errore incolpevole sarebbe proprio la disposizione che detta le condizioni per l'applicazione della legge penale italiana ai delitti comuni commessi dal cittadino all'estero *ex art. 9 c.p.*, nella misura in cui lascia irrisolta la questione se sia necessaria o meno la previsione del fatto come reato anche secondo la legge dello Stato straniero nel quale è stato commesso il fatto, tenuto conto anche delle indicazioni contraddittorie ricavabili sul punto dalla giurisprudenza. La Corte richiama a sostegno della propria decisione, da un lato, la sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988, che ha tracciato i criteri per individuare l'errore inevitabile sul precetto penale, e, dall'altro, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che ricava dall'*art. 7 C.E.D.U.* il principio secondo cui il precetto penale deve essere accessibile e le sue conseguenze sanzionatorie prevedibili da ciascun individuo, sulla base di una valutazione da compiersi tenendo conto non solo della disposizione legislativa ma anche della giurisprudenza nazionale che ne ha precisato il significato al momento della sua concreta applicazione. Se, pertanto, il principio di legalità non richiede la doppia incriminazione, il principio di colpevolezza imporrebbe quanto meno di verificare che l'autore del reato - cittadino o straniero

---

<sup>5</sup> Occorre, dunque, definire nel merito 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 nato.

<sup>6</sup> Cfr. T. Trincherà, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.4, 2017, pp. 1391 ss., in specie 1404.; M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2021, n. 2, pp. 30 ss.

<sup>7</sup> Trincherà, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, cit., p. 1405, nota 24,25.

- sapesse o potesse sapere che il fatto realizzato al di fuori del territorio nazionale sia punito secondo la legge italiana<sup>8</sup>.

La non punibilità del cittadino (o dello straniero) che commetta all'estero un fatto di reato, quando quel fatto non è punito come tale anche secondo la legge del Paese straniero nel quale è stato commesso, risponde in definitiva ad un'aspettativa sociale di cui il legislatore non può non tenere conto nel fissare i limiti di applicazione extraterritoriale della propria legge penale. In un'ottica di corretta politica criminale, la doppia incriminazione sarebbe un principio generale dell'ordinamento che non trova però un esplicito riconoscimento nella Costituzione. Pertanto, non commette alcun illecito penale la coppia che si rechi all'estero per tentare la procreazione assistita se nel Paese in questione la pratica sia legale<sup>9</sup>.

### **2.3. Perché estendere la fattispecie *ex art. 12, comma 6, l. 40/2004* al di là del territorio dello Stato. Conclusioni personali.**

Qualora con gli opportuni accorgimenti del caso si estendesse la responsabilità penale per il compimento delle pratiche di maternità surrogata commesse all'estero, rimane opportuno interrogarci sulla *ratio* di tale portabilità extraterritoriale. Ragioni contrarie all'ipotesi espansiva sono già state correttamente formulate da dottrina sul punto, individuando nel paternalismo di uno stato ideologicamente orientato a tutelare la moralità dei cittadini, *in primis*; a seguire nella distonia punitiva tra detenzione e pena pecuniaria ai sensi dell'art. 12, comma 6, l. 40 /2004, per cui, essendo il disvalore dei reati che offendono i beni personali definiti dalla gravità della pena detentiva, l'applicazione dell'art. 9 c.p. si presenterebbe sproporzionata (ed irragionevole) a tale scopo. Infine, ragione contraria si coglie nella distonia rispetto al tracciato delle Sezioni Unite della Cassazione Civile, e della stessa Corte costituzionale per la tutela dei profili civilistici, inscindibilmente legati alla tutela dell'interesse del minore e non del diritto alla genitorialità.

In una recente intervista rilasciata per il quotidiano La Stampa ho espresso le mie riserve sia concettuali che linguistiche sul progetto di un "reato universale" per il divieto di maternità surrogata. Ora in senso paradossale - essendomi occupata per anni ed anni di giurisdizione penale universale - vorrei indicare una vita giuridicamente percorribile in tal senso.

Lo Stato italiano con la proposta di legge n. 2881 presentata alla Camera dei Deputati, il 19 giugno 2002, durante la XIV legislatura, d'iniziativa dei deputati Bulgarelli e altri, *Norme per l'attuazione degli obblighi dell'Italia in tema di repressione universale dei crimini di diritto internazionale*, al cui articolo 1 è prevista la Giurisdizione universale, «in attuazione degli obblighi derivanti dall'adesione dell'Italia alle Convenzioni internazionali firmate a Ginevra il 12 agosto 1949, rese esecutive dalla legge 27 ottobre 1951 n. 1739, al I e II Protocollo addizionale alle medesime Convenzioni, adottati a Ginevra l'8 giugno 1977, resi esecutivi dalla legge 11 dicembre 1985, n. 762, e allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, reso esecutivo dalla legge 12 luglio 1999, n. 232, è punito secondo la legge italiana, ai sensi

---

<sup>8</sup> Trincherà, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, cit.,

<sup>9</sup> Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., pp. 34 -37 sulle ragioni di irragionevolezza della proposta estensiva. Alcuni Paesi, infatti, hanno adottato legislazioni di tipo permissivo, seppur differentemente modulate a seconda che consentano la GPA cosiddetta «gratuita o altruistica» o quella «commerciale». A titolo esemplificativo ma non esaustivo, tra i Paesi che consentono la GPA gratuita si possono ricordare il Belgio, l'Australia, il Regno Unito, i Paesi Bassi, la Danimarca, l'Ungheria, l'Irlanda, l'Australia, il Canada, gli Stati Uniti (soltanto alcuni Stati, come lo Stato di New York, il New Jersey, New Mexico, Virginia e Washington), la Grecia. Permettono, invece, il ricorso alla GPA commerciale la Russia, l'Ucraina, la Georgia, l'Armenia, Cipro, l'India, la California, la Florida, l'Illinois, il Texas e il Massachusetts. I dati sono stati reperiti all'indirizzo [www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrogata-dove-regole](http://www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternita-surrogata-dove-regole) (ultima consultazione 04/03/2019). Sul punto cfr. R. La Russa, A. Campolongo, R.V. Viola, V. Gatto, M. Scopetti, A. Santurro, C. Di Lascio, E. Turillazzi, P. Frati, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, fascicolo n. 2/2017, pp. 683 ss.). Altri Paesi, come l'Italia, vietano tanto la GPA gratuita quanto quella commerciale (Francia, Italia, Spagna e Polonia).

dell'art. 7 del codice penale, il cittadino o lo straniero che commetta in territorio estero taluno dei seguenti crimini di diritto internazionale: a) crimini di genocidio; b) crimini contro l'umanità; c) crimini di guerra», con specificazione all'art. 2 dei fatti ricompresi nella giurisdizione universale. La proposta di legge non ha avuto il seguito sperato.

Se si (ri)proponesse un costrutto normativo rivolto ad un modello universale di validità della legge penale nello spazio, ci sarebbero gli strumenti operativi giusti per definire quella lista di fatti (di reato) cui sarebbe applicabile la giurisdizione penale universale.

Se si riproponesse un costrutto normativo più rispettoso della tassatività e determinatezza della fattispecie *ex* art. 12, comma 6, l. 40/2004, indicando in senso giuridico - metodologicamente corretto - le "disonomie" che aprono al mercato delle gravidanze e allo sfruttamento della dignità della donna, dei bambini e della umanità tutta, specie nelle nazioni più povere - e ricattabili - dove la regolamentazione della gestazione per altri non è disciplinata in modo da evitare possibili forme di abuso, si potrebbe pensare ed applicare la legge penale anche all'estero.