



Prof. Avv. Giuseppe Losappio
Ordinario di diritto penale

giuseppe.losappio@uniba.it
losappiogiuseppe@gmail.com

Commissione Giustizia della Camera

Audizione 3 maggio 2023 - Esame PDL n. 342 del 14 ottobre 2022, XIX legislatura, primo firmatario On.le Candiani; PDL n. 887 del 15 febbraio 2023, XIX legislatura, primo firmatario On.le Varchi; PDL n. 1026 del 21 marzo 2023, XIX legislatura, primo firmatario On.le Lupi - Estensione della punibilità alle condotte di maternità surrogata commesse all'estero

Illustrissimo Onorevole Presidente, illustrissime Onorevoli e illustrissimi Onorevoli,

questi sono i dati positivi e de iure condendo con i quali dobbiamo confrontarci e ai quali cercherò di restare rigorosamente legato nel mio intervento.

Art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 (testo in vigore)	Proposte di riforma
<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.</p>	<p>PDL n. 342 del 14 ottobre 2022, XIX legislatura, primo firmatario On.le Candiani</p> <p>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».</p>
	<p>PDL n. 887 del 15 febbraio 2023, XIX legislatura, primo firmatario On.le Varchi</p> <p>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»</p>
	<p>PDL n. 1026 del 21 marzo 2023, XIX legislatura, primo firmatario On.le Lupi</p> <p>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».</p>



Prof. Avv. Giuseppe Losappio
Ordinario di diritto penale

Non mi occuperò, dunque, in alcun modo delle questioni di fondo relative ai vincoli costituzionali e convenzionali oltre che alle scelte di politica legislativa e penale che pone la maternità surrogata e sulle quali peraltro gli autorevoli colleghi che sono intervenuti prima di me hanno già detto molto e molto bene. Le tre **Proposte di legge** che sono chiamato a commentare **non pongono in discussione il divieto di questa pratica** ma prospettano solo alcune modifiche dirette ad **incidere** prevalentemente anche se non esclusivamente sulla c.d. **"legge penale nello spazio"** del delitto previsto dal comma 6 dell'art. 12 della l. n. 40 del 2004.

In questa prospettiva, accenno soltanto a **due fonti** piuttosto remote nel tempo che, per un verso, hanno espresso il rischio di inefficacia di *«ogni regolamentazione esclusivamente nazionale ... dal momento che ogni attività in materia potrebbe essere espletata in un altro paese»* che preveda una medesima regolamentazione più permissiva (**CE rac. 1046 (1986)**, § 12), per l'altro, hanno sottolineato l'urgenza di creare *«come condizione di garanzia una sede internazionale interdisciplinare»* con il *«compito di assicurare le convergenze delle azioni intraprese dalle istanze nazionali»* e quindi *«di evitare in tal modo che vengano a crearsi dei "rifugi genetici"»* (**ce, rac. 1100 (1989)**, all. 9, § 12). Va da sé che **l'esistenza di una istanza politico-legislativa di omogeneizzazione** della risposta a livello internazionale della disciplina delle pratiche di fecondazione assistita **non implica** affatto che **qualunque soluzione sia valida** e men che meno rappresenta un **avallo** alle soluzioni delle PP.DD.LL. in esame, che puntano tutto sulla risorsa penalistica che forse - anzi senza forse - è la **meno spendibile** nella prospettiva di una **maggiore uniformità normativa delle TFA oltre i confini nazionali**.

Ciò posto, mi sembra importante evidenziare che - sotto questo profilo mi discosto da alcune opinioni espresse nelle audizioni già svolte - **non ritengo del tutto esatto affermare che i tre testi sono tendenzialmente sovrapponibili**.

Rilevo piuttosto alcune significative differenze soprattutto nella chiave dei canoni dell'ermeneutica penalistica e, a monte, delle istanze di precisione e chiarezza che pone la peculiare natura della norma penale.

Le **PP.DD.LL nn. 342 e 1026** si riferiscono **solo** alla **surrogazione di maternità** mentre la **P.D.L. n. 887** rinvia a tutte le condotte richiamate dall'art. 12, comma 6 e, quindi, non solo alla maternità surrogata **ma anche la commercializzazione di gameti o di embrioni**; le **PP.DD.LL nn. 342 e 1026** circoscrivono solo al cittadino l'estensione della punibilità del fatto commesso all'estero mentre la **P.D.L. n. 887** "parla" in termini assai più generici di «fatto è commesso all'estero» non escludendo (in astratto) **una vera e propria universalizzazione** della norma penale nazionale che risulterebbe **applicabile** anche allo **straniero che ha commesso il fatto al di fuori dei confini nazionali**. E ancora: la formula della **P.D.L. n. 342** - «al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6» - in realtà introduce un elemento di **disallineamento rispetto al dato testuale** di quest'ultima disposizione che punisce chi realizza, organizza o pubblicizza la maternità surrogata.



Prof. Avv. Giuseppe Losappio
Ordinario di diritto penale

In termini più schematici possiamo osservare che le variabili delle tre PP.DD.LL. riguardano tre aspetti

1)	Le PP.DD.LL n. 342 e 1026 le PP.DD.LL n. 342 e 1026 si riferiscono solo alla surrogazione di maternità mentre	La P.D.L. n. 887 rinvia anche alla commercializzazione di gameti o di embrioni
2)	Le PP.DD.LL n. 342 e 1026 si riferiscono solo alla punizione del cittadino italiano che ha commesso il reato all'estero	La P.D.L. n. 887 potrebbe riguardare anche la punizione dello straniero che ha commesso il fatto al di fuori dei confini nazionali
3)	La P.D.L. n. 342 sembra alludere ad una definizione delle condotte punibili all'estero differente, più ampia e comunque asimmetrica rispetto a quella del comma 6 in vigore.	

Il **primo profilo** non presenta aspetti di particolare criticità dal punto di vista della fondazione assiologica dell'opzione politico-criminale che trova un riscontro costante nei documenti internazionali, a partire dalla raccomandazione del Consiglio europeo n. 1046 del 1986. Sul **secondo** sono già ampiamente intervenuti i colleghi penalisti che mi hanno preceduto (Gatta, Pasculli, Pelissero, Ruga Riva). Il **terzo**, invece, pone una questione molto delicata che non mi sembra essere stata oggetto di approfondimento.

Per comprendere la reale portata del problema occorre prendere le mosse dalla disposizione dell'art. **12, comma 8, della l. n. 40 del 2004** che reca una clausola di **non punibilità per l'uomo e la donna** ai quali sono **applicate le TFA** nei casi di ricorso alle tecniche di procreazione assistita da parte di coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o maggiorenni o coniugati o conviventi o di sesso diverso, ovvero di applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle autorizzate. La **stessa esclusione della punibilità** non è espressamente prevista per la **maternità surrogata** poiché, a differenza dei cinque commi precedenti, **il comma 6 dell'art. 12**, che punisce appunto il c.d. *womb renting*, **non viene richiamato dalla disposizione in esame** (comma 8). Vero è, tuttavia, che il verbo **realizzare**, che descrive la condotta di surrogazione punibile, **non sembra per nulla riferibile al comportamento della coppia, del soggetto "committente" e della "commissionaria"**, i quali tutto fanno, fuorché, appunto **"realizzare" la maternità surrogata**. Per tale ragione è perlomeno molto dubbio che il reato dell'art. 12, comma 6, sia applicabile alla coppia o al single "locatari" e, persino, alla stessa *surrogate mother*. **La formulazione della P.D.L. n. 342, invece, intende inequivocabilmente estendere la punizione ai soggetti che accedono alla maternità surrogata all'estero** con il risultato paradossale che, se fosse accolta l'interpretazione restrittiva appena ipotizzata, **questa condotta non sarebbe punibile in Italia mentre lo sarebbe al di fuori dei confini nazionali**.

S'impone, pertanto, un **chiarimento di entrambe le formule** che, per un verso, elimini **i margini di incertezza della prima** (ovvero quella vigente dell'art. 12, comma 6), per l'altro, **non introduca lo scenario** appena delineato, in palese contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

La cruna dell'ago sono le valutazioni relative alla scelta di punire (o meno) la coppia o il committente della surrogazione di maternità, sia nell'ipotesi che la gravidanza abbia successo e, quindi, sia nato il bambino, sia nell'ipotesi che la TFA non abbia un esito positivo.



Prof. Avv. Giuseppe Losappio
Ordinario di diritto penale

La prospettazione della soluzione delle due questioni non può prescindere da una sia pure sintetica premessa sulle coordinate costituzionali del rapporto diritto penale e bioetica, biodiritto in particolare:

- le pene comportano maggiori costi in termini di sacrifici dei diritti umani rispetto a qualsiasi altra conseguenza giuridica di carattere sanzionatorio e anche per questo la legittimazione dell'opzione penale non può prescindere del tutto dal riferimento ai valori fondamentali della società;

- l'intersezione tra laicità e democrazia nel contesto della cornice costituzionale implica che il consenso può partecipare alla selezione di questi valori ma nei limiti appunto del principio di laicità che non consente di punire (o non punire) un determinato comportamento solo perché corrisponde ad un certo quadro di idee o di credenze anche se queste fossero sorrette dal consenso di una maggioranza schiacciante;

- la natura stessa dei problemi della bioetica espone l'opzione penale all'osmosi che questi stessi problemi vivono con la morale e la religione e, quindi, è intrinsecamente in attrito con il principio di laicità;

- sembra per ciò solo preferibile un atteggiamento - come dire astensionista - di rinuncia alla sanzione penale, salvo che l'estrema gravità dell'offesa (desumibile per esempio dall'univoca "condanna" di un evento o di una pratica di TFA nei documenti internazionali) giustifichi una soluzione differente sempre che - occorre ribadire - la coincidenza tra l'opzione penale e il valore iscritto nel firmamento di una morale o di una religione sia solo occasionale nel senso che non si punisce l'offesa perché corrisponde ad un quadro di idee o di credenze ma si punisce l'offesa che trova altrimenti il proprio fondamento nonostante coincida con una fede o una morale.

È persino scontato osservare che **l'astensione dalla sanzione penale non significa affatto rinunciare ad altre forme di regolamentazione, soprattutto in chiave di *soft law* che in assenza di elementi stigmatizzanti possono "dialogare" con maggiore "disinvoltura" con le opzioni morali e di fede presenti nella società. È non meno evidente che l'approccio delle PP.DD.LL. in esame ribalta quello che - in questa materia - sembra il rapporto ortodosso tra prospettive extraterritoriali e legge penale, perché non si desume dalle fonti internazionali la legittimazione dell'intervento punitivo ma si proiettano oltre i confini nazionali scelte di politica-criminale, fortemente legate ad uno specifico orizzonte etico e non condivise a livello globale o perlomeno "regionale".**

Alla luce di questa premessa, valorizzando gli elementi comuni dei pur poliedrici insegnamenti delle SS.UU. Civili¹, della Corte Europea dei diritti dell'uomo² e della Consulta³, le direttrici dell'(eventuale) intervento penale dovrebbero essere tre.

La politica criminale in materia di maternità surrogata deve manifestarsi come espressione coerente dell'«**imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori**» che fa carico al legislatore della «**indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore**». Le Corti escludono «**tirannie**» valoriali.

¹ Cass. civ., Sez. Unite, 8 novembre 2022 (depositata il 30 dicembre 2022), n. 38162.

² Corte europea diritti dell'uomo, 18 maggio 2021, n. 71552.

³ Corte cost., Sent., 27 gennaio 2021 (depositata il 9 marzo 2021), n. 33.



Prof. Avv. Giuseppe Losappio
Ordinario di diritto penale

Dev'essere chiaro, quindi, che non è in discussione la **legittimità** della scelta **politico-legislativa** di **disincentivare la surrogazione di maternità**. In funzione di questo obiettivo l'art. 12, comma 6, già colpisce le condotte - di organizzazione e pubblicizzazione - che fungono da vettore di queste TFA cui (a differenza della scelta della *surrogate mother*, che può ben essere - e talvolta - è altruistica) non sono quasi mai estranee finalità economiche, obiettivi di profitto. Il magistero punitivo sotto questo versante potrebbe essere "rafforzato" estendendo anche al delitto in esame la responsabilità da reato degli enti ex d.lgs. n. 231 del 2001. In questa prospettiva, un'osservazione più attenta della realtà potrebbe condurre alla conclusione **che non occorre estendere oltre i confini nazionali l'ambito di applicazione della legge penale** perché nella pressoché assoluta totalità dei casi le **condotte di organizzazione e pubblicizzazione delle strutture che praticano la maternità surrogata** sono almeno **in parte commesse in Italia e, per ciò solo, sono già soggette all'applicazione della legge italiana in forza dell'art. 6, comma 2**, per effetto del quale «*il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte*».

È la previsione di un regime penale della surrogate mother diverso da quello previsto per le altre TFA a suscitare i dubbi, le perplessità e le necessità di chiarimento che mi accingo ad illustrare.

Se l'**interesse del minore** non è assoluto (tanto da non giustificare di per sé il riconoscimento della genitorialità intenzionale), in ogni caso, **prevale** rispetto alla pur legittima finalità di **disincentivazione del ricorso alla surrogazione di maternità**. Il **bilanciamento**, pur necessario, non deve mai tradursi in una **soluzione che non assicuri la piena tutela del minore**, obiettivo che - secondo la Corte Costituzionale - non può essere soddisfatto nemmeno dalle ipotesi dell'**adozione in casi particolari** (c.d. "non legittimante"), prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983. Nel caso la TFA abbia successo, rispetto a **questa esigenza la punizione del genitore intenzionale appare davvero disfunzionale**. È un **dato di realismo** considerare che la **sovrapposizione** tra una **vicenda riproduttiva** così peculiare, che di per sé può rappresentare una minaccia per la costruzione dell'identità del minore, e l'**accusa se non la condanna in sede penale** della coppia o del committente costituisce un fattore di **aggravamento del rischio di sequele negative** a carico del figlio di intenzione. Detto un po' rozzamente, che un figlio possa essere considerato "corpo del reato" e come tale. **Esclusa la punibilità in questo caso**, la stessa conclusione dev'essere formulata per l'ipotesi che la **TFA non abbia successo** per due ragioni: il **principio di uguaglianza** non potrebbe in nessun caso giustificare un trattamento sanzionatorio differente; una sorta di *ne bis in idem* **praeter-sostanziale** perché sarebbe ingiusto punire la coppia o il committente che hanno già dovuto sopportare la delusione e persino il dolore del fallimento del loro progetto procreativo (volendo - con la dovuta cautela e forse un indebito cedimento al gusto discutibile della citazione dotta - si potrebbe evocare la lettera a Lucilio di Seneca: *scelere in sceleris supplicium est*).