

Sulle proposte in materia di maternità surrogata

1. Le tre proposte di legge all'esame della Commissione riguardano l'articolo 12 della legge n. 40 del 2004 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e, in particolare, il sesto comma, 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»*.

Le iniziative in esame, riprendendo analoghe proposte di legge avanzate nella precedente legislatura, estendono, con portata e modalità parzialmente diverse, la punibilità delle condotte di realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione di maternità anche all'estero.

Resta quindi inalterata, secondo i proponenti, la seconda fattispecie, che, dopo la sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (sent. n. 162 del 2014), consente la cessione di gameti a condizione di gratuità, come previsto dalla Direttiva 2004/23/CE, fatta salva *«una indennità strettamente limitata a far fronte alle spese e inconvenienti risultanti dalla donazione»*.

Di conseguenza, com'è stato affermato dalla giurisprudenza di legittimità *«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»* (cfr. Cass., Sez. III penale, sentenza n. 36221 del 2019), in contrasto con l'art. 3, paragrafo 2, lettera c), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che non consente di *«fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro»*.

Dunque, secondo il diritto vivente, la cessione di gameti per la fecondazione eterologa è consentita quando non ha fine di lucro, mentre la surrogazione di maternità è sempre vietata e punita penalmente, anche quando avvenga gratuitamente, per finalità solidaristiche incompatibili con la definizione di "utero in affitto" (posto che l'affitto è, giuridicamente, un contratto tipicamente oneroso avente ad oggetto un bene produttivo).

La norma penale, peraltro, non fornisce una definizione precisa della surrogazione di maternità, con la quale una donna si impegna a portare avanti la gravidanza per conto altrui e a consegnare il neonato ai committenti dopo il parto.

Si tratta di una gestazione che può avvenire con modalità molto diverse. L'embrione può risultare dall'interazione di gameti maschili e gameti femminili della gestante stessa, ovvero grazie a spermatozoi di un terzo donatore, ovvero ancora 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.

La fattispecie incriminatrice punisce la surrogazione in tutti i casi, indipendentemente dall'eventuale fine di lucro, e quindi anche nelle ipotesi in cui la maternità per conto terzi sia consapevole, volontaria e gratuita, risultando indifferente anche alle distinte modalità della fecondazione, e dunque all'eventuale sussistenza di un rapporto biologico tra il neonato e la coppia, o uno dei componenti della coppia committente.

2. La Corte Costituzionale, di recente, ha ribadito che il divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità è espressione di un principio 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”* (sent. n. 33 del 2021); principio pedissequamente ribadito, ancora più di recente, dalle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, secondo cui *“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”* (sent. n. 38162 del 2022).

Oggetto primario della tutela penale, pertanto, è il corpo della donna, che per la legge italiana non può mai essere prestato, per principio di ordine pubblico, a una gravidanza per conto altrui, quali che siano gli scopi e le modalità della fecondazione e qualunque sia il rapporto che lega la donna stessa, il nascituro e la coppia committente.

L'estensione del divieto e l'indifferenza in ordine alla eventuale sussistenza di un legame biologico con la coppia committente induce a ritenere che la norma consideri solo di riflesso gli interessi e i diritti del neonato, regolati dalle leggi civili e oggetto del citato, recente scrutinio da parte delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione.

Non vi è peraltro evidenza scientifica di un effettivo pregiudizio per chi nasce da maternità surrogata e viene cresciuto da una coppia etero o omosessuale, sì che la finalità di scongiurare l'evento della separazione dalla madre biologica dopo il parto – definito dalla relazione alla proposta n. 887 *“assolutamente traumatico”* – sembra in realtà esorbitante dal perimetro penale, così come il pregiudizio asseritamente riveniente dal dubbio in ordine alla identificazione della madre biologica, non dissimile da quello che si verifica nei casi di adozione.

La sanzione penale punisce, conseguentemente, tutti coloro che concorrono alla realizzazione della fattispecie tipica, e quindi non solo gli organizzatori e coloro che pubblicizzano la surrogazione di maternità, ma anche i committenti, i terzi donatori e, in ipotesi, la stessa madre surrogante, e cioè la donna che dispone del proprio corpo, anche quando la gravidanza per conto altrui avvenga volontariamente e gratuitamente, non essendo prevista alcuna causa soggettiva di non punibilità.

3. Le proposte in esame intendono punire tutte queste condotte anche all'estero, al comune, dichiarato scopo di porre un argine al c.d. "turismo procreativo", che consiste nell'aggiramento della disciplina nazionale ricorrendo alla surrogazione di maternità nei Paesi in cui è consentita.

Per giurisprudenza pacifica, infatti, la sanzione penale colpisce solo chi pone in essere in Italia almeno un segmento della condotta tipica e non solo generici atti preparatori (ancorchè effettivamente seguiti dalla maternità surrogata), o successivi (il riconoscimento del bambino o della bambina in Italia, che non integra il reato di alterazione di stato quando la filiazione è attestata dalla legge del luogo in cui è avvenuta la nascita).

L'estensione all'estero della punibilità della maternità surrogata si atteggia diversamente nelle tre proposte in esame.

Nella proposta n. 1026, al dichiarato scopo di tutelare *"i soggetti coinvolti qualora tali atti siano compiuti all'estero"*, e, in particolare *"le donne più vulnerabili che vivono nei Paesi in via di sviluppo"*, si fa espressamente leva sul disposto dell'articolo 7 del codice penale per integrare *"il comma 6 dell'articolo 12 della legge n. 40 del 2004, disponendo la punibilità della surrogazione di maternità anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano"*.

La norma così come proposta, tuttavia, non concerne solo i Paesi in via di sviluppo e le donne più vulnerabili, posto che la sanzione penale, come si è detto, colpisce indiscriminatamente sia la maternità surrogata con fine di lucro, in condizioni di sfruttamento o meno, sia quella volontaria e gratuita, prescindendo del tutto dalle finalità perseguite dalla gestante.

È opportuno evidenziare, in proposito, che solo sette Paesi – Armenia, Bielorussia, Georgia, Russia, Ucraina, Sudafrica – ammettono il ricorso alla maternità surrogata per fini commerciali, mentre undici Stati – Regno Unito, Israele, Romania, Brasile, Portogallo, Argentina, Bangladesh, Thailandia, Australia, Grecia, Canada – lo consentono solo a titolo puramente gratuito; India e Nepal, pur ammettendo la

gestazione retribuita per altri, vietano che possa essere praticata a favore di cittadini stranieri, e negli USA la surrogazione di maternità è regolata diversamente nei singoli Stati.

Analoghe considerazioni valgono per la proposta n. 342, che aggiunge alla disposizione incriminatrice dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004 un comma 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”*.

Anche in questo caso, il fine esplicitato nel testo normativo di *“ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come un vero e proprio traffico commerciale di bambini”* non sembra corrispondere alla oggettiva estensione della fattispecie penale, che punirebbe all'estero qualsiasi ipotesi di maternità surrogata, anche quando non sia effettivamente configurabile un commercio.

Ancora più ampia risulta la disciplina penale prevista dalla proposta n. 887, che, preso atto del *“vertiginoso aumento”* dei casi, considera la maternità surrogata *“un esempio esecrabile di commercializzazione del corpo femminile e degli stessi bambini che nascono attraverso tali pratiche, che sono trattati alla stregua di merci”*, e non limita la punibilità ai soli cittadini italiani, evidentemente ipotizzando un vero e proprio *“reato universale”* configurabile ovunque e a carico di chiunque si presti o concorra alla gestazione per conto altrui.

Nella relazione, a questo scopo, viene espressamente citata la Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo approvata il 17 dicembre 2015 dall'Assemblea plenaria del Parlamento europeo, di cui alla risoluzione 2015/2229 (INI), che *«condanna la pratica della maternità surrogata, che mina la dignità umana della donna, visto che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usate come una merce; considera che la pratica della maternità surrogata, che implica lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per profitti finanziari o di altro tipo, in particolare il caso delle donne vulnerabili nei Paesi in via di sviluppo, debba essere vietato e trattato come questione di urgenza negli strumenti per i diritti umani»* a disposizione dell'Unione europea nel dialogo con i Paesi terzi.

La soluzione proposta, tuttavia, non appare del tutto congruente allo scopo, non limitando la sanzione penale ai casi di mercificazione, commercializzazione, sfruttamento e profitto, tantomeno in danno delle donne vulnerabili dei Paesi in via di sviluppo, ma estendendola a qualsiasi ipotesi di surrogazione di maternità, non solo a

carico dei cittadini italiani, ma persino degli stranieri: ipotesi che presenta qualche frizione con l'attuale disciplina codicistica della punibilità dei reati commessi all'estero.

Occorre dunque valutare la coerenza tra l'oggetto della tutela della norma penale – la dignità della donna – la finalità dichiarata da tutte le proposte in esame – contrastare il fenomeno del c.d. “turismo procreativo” – e il mezzo individuato per perseguirla, costituito dall'estensione della punibilità alla maternità surrogata praticata all'estero.

4. Sotto questo profilo, la norma che si vorrebbe introdurre presenta alcune criticità in relazione alla disciplina generale di cui agli artt. 3, 7 e ss. c.p., in materia di reati commessi all'estero.

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., nonché ad *“ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali prevedano l'applicabilità della legge penale italiana”*.

Per i delitti comuni, l'art. 9 c.p. stabilisce inoltre l'applicabilità del diritto penale nazionale, in attuazione di un criterio di extraterritorialità, a fattispecie delittuose particolarmente gravi perché punite con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Qualora 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, salvo che per i delitti previsti dagli artt. 320, 321 e 346 *bis* c.p. (corruzione e traffico di influenze illecite).

In estrema sintesi, quindi, si possono distinguere:

a) i reati commessi all'estero, dal cittadino o dallo straniero, puniti incondizionatamente secondo la legge penale italiana: si tratta dei reati descritti o richiamati nell'art. 7 c.p., posti a presidio di beni fondamentali dello Stato italiano, o per i quali disposizioni speciali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana;

b) i delitti politici commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero puniti secondo la legge penale italiana, a condizione che vi sia la richiesta del Ministro della Giustizia e la querela della persona offesa, se si tratta di delitto perseguibile a querela di parte;

c) i delitti comuni commessi all'estero 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.

Il reato di cui al sesto comma dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004 prevede la reclusione da 3 mesi a 2 anni e una multa da 600.000 a un milione di euro. Nel caso di specie, dunque, solo la sanzione pecuniaria sembra indicare un elevato livello di disvalore sociale, peraltro con qualche frizione con i principi di ragionevolezza e proporzionalità rispetto alla pena detentiva edittale.

L'eventuale estensione della punibilità all'estero della maternità surrogata, pertanto, rientra attualmente nella disposizione dell'art. 9, comma secondo, c.p., restando subordinata alla duplice condizione della presenza del reo in Italia e della richiesta del Ministro della Giustizia, non essendo applicabile alla fattispecie l'alternativa rappresentata dall'iniziativa della persona offesa (che dovrebbe identificarsi con la stessa gestante, a sua volta imputabile).

È però controverso se l'applicabilità della legge penale italiana ai delitti comuni commessi all'estero dal cittadino (problema che si pone in termini analoghi anche per i delitti comuni commessi all'estero dallo straniero) sia subordinata anche al requisito della c.d. *doppia incriminazione*, vale a dire alla previsione del fatto come reato sia secondo la legge italiana, sia secondo la legge dello Stato dove il reato è stato realizzato.

La Corte di Cassazione (Sez. V Penale, 10.3.2016, n. 13525), proprio in relazione ad un caso di maternità surrogata all'estero, ha infatti assolto gli imputati dal reato di cui all'art. 12, comma sesto, della legge n. 40/2004, riconoscendo una situazione di ignoranza incolpevole della legge penale proprio in ragione del contrasto dottrinale e giurisprudenziale intorno al requisito della doppia incriminazione, ritenendo che l'incertezza interpretativa determini un errore inevitabile sulla portata applicativa dell'art. 9 c.p. e quindi sulla perseguibilità del reato comune commesso all'estero dal cittadino italiano.

In altre parole, 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 (l'art. 9 c.p.) lasciando 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 delle indicazioni contraddittorie ricavabili sul punto dalla giurisprudenza.

5. In senso favorevole al principio della doppia incriminazione militano, peraltro, considerazioni di carattere più generale.

L'idea di uno Stato universale, che ambisca ad applicare la propria legge penale a qualsiasi individuo, ovunque sia stato commesso il reato, era forse coerente con l'ideologia dominante all'epoca in cui il codice è stato redatto.

Nell'ottica di un ordinamento autoritario, l'applicazione della norma penale è infatti prerogativa irrinunciabile e immanente del potere statale. In caso di reato comune commesso all'estero, la punibilità è coerentemente ancorata a una decisione "politica", cui spetta la valutazione in ordine alla opportunità di perseguire comportamenti in contrasto con le norme penali commessi sul territorio di un altro Stato sovrano (dove la richiesta del Ministro della Giustizia come requisito per la punibilità in Italia dei reati commessi all'estero ai sensi degli artt. 9 e 10 c.p.).

In un moderno ordinamento democratico, peraltro inserito in un contesto regolato da fonti normative sovranazionali, l'interprete deve invece tener conto dell'esistenza di principi sovraordinati anche alla legislazione statale.

Del resto, basta dare uno sguardo alle disposizioni che fissano i limiti di applicazione territoriale della legge penale in altri ordinamenti per verificare come l'idea di un'applicazione universale della norma penale non sia oggi ammissibile: la doppia incriminazione è infatti un requisito espresso per l'assoggettamento alla legge nazionale dei fatti commessi all'estero pressoché in tutte le legislazioni moderne.

Per quanto concerne gli ordinamenti europei si vedano, ad esempio:

– l'art. 113-6 (2) del codice penale francese che, rispetto ai delitti comuni commessi dal cittadino all'estero, prevede si applichi la legge penale francese *"si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis"* ("se i fatti sono puniti secondo la legge del paese in cui sono stati commessi");

– il § 7 (2) del codice penale tedesco che, in relazione ai fatti comuni commessi all'estero dal cittadino (o dallo straniero se ricorrono talune ulteriori condizioni), prevede si applichi la legge penale tedesca *"wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt"* ("se il fatto è punito come reato nel luogo ove è stato commesso o se tale luogo non è soggetto ad alcuna giurisdizione");

– il § 65 del codice penale austriaco che, oltre a prevedere — come il codice tedesco — che la legge penale austriaca si applica ai fatti comuni commessi all'estero *"sofern die Taten auch durch die Gesetze des Tatorts mit Strafe bedroht sind"* ("a condizione che i fatti siano puniti come reato anche secondo le leggi del luogo ove sono stati commessi"), dispone altresì che *"die Strafe ist so zu bestimmen, daß der Täter in der Gesamtauswirkung nicht ungünstiger gestellt ist als nach dem Gesetz des Tatorts"* ("la

pena deve essere determinata in modo tale che il reo non riceva un trattamento complessivamente meno favorevole rispetto a quello previsto dalla legge del luogo ove il fatto è stato commesso”);

– l'art. 7 del codice penale svizzero che, rispetto ai reati comuni commessi da chiunque (cittadini o stranieri) all'estero, prevede si applichi la legge penale svizzera se *“l'atto è punibile anche nel luogo in cui è stato commesso o questo luogo non soggiace ad alcuna giurisdizione penale”* e stabilisce altresì che *“il giudice fissa le sanzioni in modo da non farle risultare complessivamente più severe di quelle previste dalla legge del luogo in cui l'atto è stato commesso”* (condizioni analoghe sono previste anche dall'art. 6 del codice svizzero per i reati commessi all'estero e perseguiti in conformità di un obbligo internazionale);

– l'art. 23 (2) della *Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial* (Legge organica sul potere giudiziario) a norma del quale la giurisdizione spagnola si estende ai reati comuni commessi dal cittadino all'estero a condizione — tra l'altro — *“que el hecho sea punible en el lugar de ejecución”* (“che il fatto sia punito nel luogo di esecuzione “);

– l'art. 5 (1) lett. e) n. 2 del codice penale portoghese che, rispetto ai reati comuni commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero ai danni di un cittadino, prevede che si applichi la legge penale portoghese a condizione — tra l'altro — che *“forem também puníveis pela legislação do lugar em que tiverem sido praticados, salvo quando nesse lugar não se exercer poder punitivo”* (“siano anche puniti dalla legge del luogo in cui sono stati commessi, salvo che non vi sia alcuna giurisdizione penale in quel luogo”);

– i §§ 7 e 7a del codice penale danese che prevedono, in relazione — rispettivamente — ai reati comuni commessi all'estero dal cittadino e ai reati comuni commessi all'estero ai danni del cittadino, l'applicazione della legge penale danese quando *“handlingen også er strafbar efter lovgivningen på gerningsstedet (dobbelt strafbarhed)”* (“il fatto è previsto come reato anche secondo la legge del luogo in cui è stato commesso - doppia incriminazione”);

– il § 5 del codice penale norvegese che, in relazione ai reati comuni commessi all'estero dal cittadino, prevede si applichi la legge penale norvegese quando i fatti *“er straffbare også etter loven i landet der de er foretatt”* (“sono puniti anche secondo la legge del paese in cui sono stati commessi”);

– il § 2 (2) del capitolo 2 del codice penale svedese che, rispetto ai reati comuni commessi all'estero dal cittadino (o dallo straniero se ricorrono talune ulteriori condizioni), dispone che la legge penale svedese non si applica *“om gärningen är fri från ansvar enligt lagen på gärningsorten”* (“se il fatto non è punito secondo la legge

del luogo in cui è stato commesso”) e che *“får inte dömas till påföljd som är att anse som strängare än det svåraste straff som är föreskrivet för brottet enligt lagen på gärningsorten”* (“non può essere irrogata una pena più severa di quella prevista per quel fatto secondo la legge del luogo in cui è stato commesso”).

Analoghe disposizioni si trovano anche oltreoceano, nelle legislazioni di lingua spagnola e portoghese. Si vedano, ad esempio:

– l'art. 4 del codice penale messicano che subordina l'applicabilità della legge penale ai delitti commessi all'estero da un cittadino (ai danni di un altro cittadino o di uno straniero) o da uno straniero (ai danni di un cittadino) alla condizione — tra l'altro — *“que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República”* (“che il fatto illecito del quale si è accusati abbia il carattere di reato sia nel paese nel quale è stato commesso sia nella Repubblica”);

– l'art. 2 (4) del codice penale peruviano che, rispetto ai reati comuni commessi all'estero dal cittadino (o dallo straniero ai danni del cittadino), prevede si applichi la legge penale peruviana sempre che il fatto *“sea punible también en el Estado en que se cometió”* (“sia punibile anche nello Stato nel quale è stato commesso”) e ricorrano le altre condizioni dettate dalla legge;

– l'art. 10 (5-6) del codice penale uruguayano che consente, al verificarsi di alcune condizioni, di applicare la legge penale peruviana ai reati comuni commessi all'estero dal cittadino (o dallo straniero ai danni del cittadino) *“castigados tanto por la ley extranjera como por la nacional”* (“puniti tanto secondo la legge straniera quanto secondo quella nazionale”);

– l'art. 7, §§ 2-3 del codice penale brasiliano che elenca a quali condizioni i delitti comuni commessi all'estero dal cittadino (o dallo straniero ai danni del cittadino) sono assoggettati al diritto penale brasiliano, includendovi anche *“ser o fato punível também no país em que foi praticado”* (“essere il fatto punibile anche nel paese nel quale è stato realizzato”).

Il principio di territorialità è tradizionalmente accolto anche negli ordinamenti di *common law* (Regno Unito, Stati Uniti d'America, Canada, Australia). Pur essendo estranea a quella tradizione giuridica una previsione di carattere generale che consenta di applicare il diritto penale a fatti commessi al di fuori dei confini nazionali, anche in questi ordinamenti sono naturalmente previste deroghe per alcuni specifici reati: si vedano, a titolo d'esempio, la sezione 9 del *Offences against the Person Act* del 1861 che estende l'applicazione della legge penale inglese ai reati di omicidio commessi dal cittadino all'estero (*“Murder or manslaughter abroad”*), nonché la

sezione 72 del *Sexual Offences Act* del 2003 che prevede un'analogia estensione della giurisdizione per i reati in materia sessuale (quest'ultima disposizione peraltro in alcuni casi subordina l'applicabilità della legge penale britannica alla condizione che *"the act constitutes an offence under the law in force in that country"*).

Non constano eccezioni in materia di maternità surrogata.

6. Un riconoscimento così ampio e diffuso suggerisce di considerare la doppia incriminazione come un principio di carattere generale, che, pur non essendo espressamente positivizzato dal legislatore italiano, è immanente all'ordinamento e implicito nelle disposizioni del codice penale che regolano i limiti territoriali di applicazione della legge penale italiana rispetto ai fatti commessi all'estero.

Il fondamento di questo principio risiede nell'idea — per il vero consolidata anche nel sentire comune — secondo cui lo straniero è tenuto ad osservare, al pari del cittadino, le leggi del Paese nel quale si trova, adeguando il proprio comportamento ai valori espressi da quelle leggi.

In accordo con tale idea, si ritiene generalmente che lo straniero possa essere punito per un fatto previsto come reato anche se quel fatto è considerato lecito nel Paese di provenienza. Ma se uno Stato può legittimamente pretendere l'osservanza delle proprie leggi da parte dello straniero che si trovi sul proprio territorio, deve riconoscere come contraltare al cittadino che si trovi all'estero la facoltà di orientare il proprio comportamento secondo le leggi del luogo, anche nell'ipotesi in cui tali leggi considerino lecito, o comunque non puniscano come reato, un comportamento vietato nel proprio Paese.

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 a un'aspettativa sociale generalmente riconosciuta di cui il legislatore non può non tener conto nel fissare i limiti di applicazione extraterritoriale della propria legge penale.

Sembra infatti eccessivo pretendere dal cittadino di orientare il proprio comportamento all'estero secondo le leggi dello Stato di origine, anziché secondo le leggi del Paese in cui si trova. Altrettanto risulterebbe arbitraria una simile pretesa rivolta allo straniero che si trova in Italia, quand'anche in relazione a fatti considerati penalmente rilevanti nel Paese di origine e non nel nostro Paese.

7. In mancanza di copertura costituzionale, tuttavia, la regola della doppia incriminazione può essere derogata dal legislatore ordinario.

Trova così giustificazione la diversa soluzione adottata per i reati previsti dagli artt. 7 e 8 c.p., che sono perseguibili in Italia indipendentemente dalla previsione del fatto come reato nella legislazione del Paese estero.

L'interesse a riconoscere la vincolatività della norma straniera nel territorio in cui si esprime la sovranità dello Stato estero è infatti destinato a soccombere dinnanzi all'esigenza di proteggere l'interesse nazionale di volta in volta tutelato dalle norme incriminatrici richiamate dagli artt. 7 e 8 c.p., che sono poste a presidio di interessi preminenti dello Stato – emblematico, a tal proposito, il disposto del quarto comma dell'art. 501 c.p. – o che appartengono all'area dei delitti *juris gentium* (delitti contro l'umanità o contro la pace).

L'elenco dei reati per i quali, a norma del n. 5) dell'art. 7 c.p., *“speciali disposizioni di legge stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana”*, in questo senso, è eloquente.

Il codificatore del '30, infatti, considerava l'estensione della legge penale all'estero prevista dagli artt. 7 e 8 del codice penale come una deroga al principio generale della territorialità, *“giustificata dalla particolare indole del bene giuridico leso”* e *“dettata dalla necessità, per lo Stato, di assicurare a determinati beni giuridici, ai quali per diversa ragione esso attribuisce una particolare importanza, una tutela penale così efficace da reclamare la punizione dei colpevoli, dovunque e da chiunque la lesione di quei beni sia stata commessa”* (cfr. Lavori preparatori, vol. V, parte I, pag. 36).

Al di fuori di queste ipotesi non vi è ragione per prescindere dalla doppia incriminazione, che può ritenersi come un requisito implicito nelle disposizioni di cui agli artt. 9 e 10 c.p. ed espressione di un principio generale consolidato nelle moderne società democratiche, rilevante anche ai fini della colpevolezza, alla stregua dei principi sanciti dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. pen., Sez. V, n. 13525 del 2016, cit.).

8. Occorre dunque chiedersi se sia ragionevole, in una prospettiva *de lege ferenda*, che il legislatore italiano estenda il divieto e la sanzione penale per la maternità surrogata anche all'estero, come previsto dalle proposte di legge in esame.

In altre parole: è opportuno che il relativo divieto “segua” il cittadino – ovvero punisca anche lo straniero, secondo la proposta n. 887 – oltre i confini nazionali? Lo Stato

italiano può spingersi a punire la condotta di chi realizza la maternità surrogata anche in un Paese nel quale non vi è alcun divieto o sia consentita a condizione della esclusione di qualsiasi profitto?

La sanzione penale prevista dalla legge italiana in materia di maternità surrogata non sembra rientrare in nessuno dei casi che giustificano la deroga al principio della doppia incriminazione, posto che nell'ordinamento penale italiano non si rinvencono altre norme derogatorie del principio di territorialità volte a tutelare universalmente la dignità e il corpo della donna (nelle proposte in esame, anche contro la volontà espressa dalla stessa donna).

Il ricorso alla maternità surrogata, infatti, non rientra nell'ambito dei delitti *juris gentium* o contro l'umanità, per i quali si giustifica l'eccezione al principio della doppia incriminazione, e solleva delicati interrogativi di carattere etico rispetto ai quali non sussiste una soluzione universalmente condivisa, *a fortiori* in termini di criminalizzazione.

Un discorso diverso potrebbe farsi solo laddove il reato di maternità surrogata che si vuole punire anche all'estero prevedesse come specifico requisito il ricorrere di un'effettiva e concreta situazione di sfruttamento della donna che impegna il proprio utero per la gravidanza, requisito non contemplato da nessuna delle proposte in esame.

9. In senso sfavorevole a tali proposte militano anche alcune ulteriori considerazioni di politica criminale.

Come riconosciuto dalla più autorevole dottrina, l'effettività è un requisito indispensabile in materia penale e, in ultima analisi, per la legittimazione della pena nei moderni sistemi democratici.

Sulla scorta di tale principio, occorre dunque domandarsi se la previsione proposta sia destinata ad essere 'effettiva', intesa in una duplice valenza fenomenologica:

- come presenza di effetti positivi, in termini di reale disincentivazione delle surrogazioni di maternità;
- come assenza di effetti negativi, per le conseguenze che ne deriverebbero per il minore generato all'estero con maternità surrogata.

Sotto il primo profilo non vanno trascurate le difficoltà di accertare condotte poste in essere in contesti ordinamentali che le considerano legittime. Anche per questo

l'estensione della punibilità dei delitti comuni all'estero è normalmente regolata dal criterio della doppia incriminazione.

Il circolo vizioso innescato in questo caso dalla norma penale, inoltre, rischia di essere analogo a ciò che si verificava con la criminalizzazione dell'aborto:

- da un lato, non è certo che l'incriminazione sia in grado di contenere sensibilmente il fenomeno, ma è certo che ne imporrebbe necessariamente la clandestinità;
- dall'altro, la clandestinità penalizzerebbe proprio i soggetti socialmente più deboli e, in particolare, le donne più vulnerabili.

L'incriminazione stessa, dunque, pur astrattamente volta a tutelare la dignità della donna e il supposto interesse del minore, finirebbe per ledere la vita e il benessere di entrambi, senza offrire alcun concreto rimedio alle condizioni di sfruttamento che vorrebbe contrastare.

A fronte del divieto penale, le coppie che abbiano fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata si troverebbero infatti costrette, al fine di evitare la sanzione penale, a non richiedere più la trascrizione del certificato di nascita del minore nel registro dello Stato civile nazionale, con la conseguenza che quest'ultimo si troverebbe sprovvisto di qualsiasi legame giuridico almeno con uno dei componenti della coppia.

La minaccia di una sanzione penale "universale", dunque, potrebbe tradursi in un affievolimento dei livelli di tutela assicurati al nato all'estero da maternità surrogata, in violazione dei principi costituzionali e convenzionali che impongono la preminenza dell'interesse del minore nel bilanciamento con gli altri diritti costituzionalmente rilevanti.

10. In altre parole, è opinabile che il ricorso allo strumento penale possa concretamente ed efficacemente arginare il fenomeno del turismo procreativo denunciato nelle relazioni illustrative e che si vorrebbe contrastare. All'opposto, spingerebbe le coppie a muoversi nell'illegalità e a costringere il minore nato da maternità surrogata realizzata all'estero a subire le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla condotta illecita realizzata dai genitori di intenzione.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 2021 è invece chiarissima nel sottolineare la necessità di interventi legislativi che garantiscano la tutela del nato da maternità surrogata, a prescindere dalla illiceità della condotta dei genitori, che non può ricadere e riverberarsi negativamente ai danni del minore: *"[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”.

Secondo la Corte, il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU è corrispondente all'insieme dei principi della nostra Costituzione, i quali se per un verso ostano alla soluzione della trascrivibilità immediata del provvedimento giudiziario straniero di riconoscimento della doppia genitorialità ai componenti della coppia (eterosessuale od omosessuale) che abbia fatto ricorso all'estero alla pratica della maternità surrogata, dall'altro impongono che, in simili casi, debba comunque essere assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale.

Le proposte di legge in esame non sembrano inserirsi in questo tracciato, limitandosi a estendere l'ambito di applicabilità delle sanzioni penali nei confronti della maternità surrogata senza impattare sulle condizioni di sfruttamento che dichiara di voler perseguire e rischiando di determinare un ulteriore indebolimento dei diritti dei minori nati all'estero da maternità surrogata.

Un paradosso che rievoca la constatazione di Marx ed Engels nella celeberrima critica ai giovani hegeliani contenuta nella *Sacra famiglia*, del 1845: *“il diritto non dà niente, ma solo sanziona ciò che esiste”*. Una considerazione ancora più calzante in materia criminale, atteso che, come osservato da un più recente autore, *“il solo settore ove non si ravvisa l'esigenza [...] di indicare i mezzi per finanziare l'introduzione, a livello legislativo, di nuove misure [...] è il settore penale. Si può criminalizzare senza dover pagare: non esiste alcun obbligo di votare contestualmente i finanziamenti necessari per realizzare un corrispondente potenziamento dei servizi forniti con la pena”* (Hulsman, *Dèfense sociale nouvelles et critères décriminalisation*).

Come se appunto il legislatore dicesse fra sé: non costa nulla, male che vada non produrrà nulla.

Michele Laforgia
Avvocato