

*Schema dell'audizione informale svolta il 12 aprile 2023 dinanzi la 11<sup>a</sup> Commissione (Giustizia) della Camera dei deputati nell'ambito dell'esame delle proposte di legge C. 342 Candiani, C. 887 Varchi e C. 1026 Lupi recanti modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*

1. Le tre proposte di legge attualmente all'esame di codesta Commissione sono accomunate dall'obiettivo di perseguire il reato di surrogazione di maternità (già previsto dall'art. 12.6 legge n. 40/2004) anche se commesso all'estero, così da contrastare il c.d. turismo procreativo. **Intento invero che non pare superfluo** alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale che, a seguito di una complessa ricostruzione della fattispecie delittuosa, ritiene tale reato non punibile se commesso in uno Stato in cui tale pratica è invece legale (Cass., III pen. 5198/2021, VI pen. 48696/2016; V pen. 13525/2016).

Peraltro, la stessa Grande Camera della Corte EDU, nel parere consultivo reso il 10 aprile 2019 su richiesta della Cassazione francese, ha ribadito che **rientra nel margine di apprezzamento di ogni Stato adottare politiche che scoraggino** i propri cittadini dal ricorrere, recandosi all'estero, **a pratiche procreative proibite nel proprio territorio** (§ 40). Invito raccolto dalla Corte costituzionale, allorquando, nella sentenza n. 33/2021, ha ritenuto **legittimo lo "scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti"** a tale pratica procreativa meritevole di sanzione penale (5.6 cons. dir.).

2. **Nel nostro ordinamento la punibilità di azioni o omissioni commesse all'estero costituisce un'eccezione rispetto alla regola** che vuole puniti solo i reati commessi nel territorio italiano (art. 6 c.p.).

Tali **eccezioni**, previste dall'art. 7 c.p., si giustificano in quanto i reati commessi in territorio estero

- a) producono effetti pregiudizievoli su preminenti interessi dello Stato: delitti contro la personalità dello Stato italiano; delitti di contraffazione del sigillo dello Stato; delitti di falsità in monete aventi corso legale, in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano; delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato (nn. 1-4);
- b) sono perseguibili anche negli Stati esteri per effetto di apposite convenzioni internazionali che stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana (c.d. doppia incriminazione) in ragione del comune giudizio negativo con cui i rispettivi ordinamenti giuridici considerano una determinata condotta (n. 5);
- c) sono previsti come tali da speciali disposizioni di legge in ragione della loro particolare gravità che giustifica l'applicabilità della legge penale italiana, anche quando non riconosciuti come tali dallo Stato in cui vengono commessi (n. 5).

Tra questi ultimi rientrano significativamente **la tratta di donne e di minori commessa all'estero** (art. 537 c.p.), cioè un reato che si connota per la riduzione in schiavitù della persona e nella sua mercificazione, offendendone in modo intollerabile i diritti e la stessa dignità di persona umana (artt. 2 e 3.1 Cost.).

Non pare irragionevole allora ritenere che l'obiettivo di rendere perseguibile il reato di surrogazione di maternità anche se commesso all'estero da cittadino italiano - **per quanto eccezionale e d'incerta perseguibilità a causa del difficoltoso accertamento della condotta punita** – paia sotto questo profilo **non solo di per sé incostituzionale ma in certa misura corrispondente alla ratio in parte già presente nel citato art. 7 n. 5 c.p.**, se è vero che il divieto di maternità surrogata è “qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; (...) valori non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore” (Cass., s.u. civ. 8029/2020; v. anche 12193/2019); la maternità surrogata, infatti, “offende in modo intollerabile la dignità della donna, mina nel profondo le relazioni umane” (C. cost. 272/2017, 4.2 c.d.) ed espone al “rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate” (C. cost. 33/2021, 5.1 c.d.; v. anche 79/2022, 5.2.3 c.d.). In definitiva, essa contrasta con l'imperativo per cui bisogna agire “in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai solo come mezzo” (Kant, *Critica della ragion pratica*).

**A tale conclusione non osta la legalità di tale pratica in taluni Stati**, sia perché la c.d. doppia incriminazione non è sempre, come visto, condizione essenziale perché il reato commesso all'estero sia perseguibile nel nostro ordinamento, sia perché altrimenti la fonte internazionale avrebbe l'effetto di condizionare la riserva statale in materia penale, la quale – all'opposto - può legittimamente considerare reato ciò che altrove non è considerato tale, soprattutto quando ciò corrisponde ad una maggiore livello di tutela dei diritti fondamentali della persona. Ed è proprio tale livello di maggiore tutela che giustifica il motivo per cui se uno straniero può essere punito se commette un fatto considerato lecito nel suo Paese ma reato in Italia, non vale il contrario per cui un italiano non può essere punito se commette un fatto considerato lecito nel Paese straniero ma reato nel proprio.

**Infine, non pare che la disposizione proposta sia irragionevolmente disallineata rispetto all'art. 9 c.p. che, in attuazione del criterio di extraterritorialità**, stabilisce l'applicabilità del diritto penale nazionale a delitti commessi all'estero puniti con pene (ergastolo o reclusione non inferiore nel minimo a tre anni) superiori rispetto a quelle previste dall'art. 12.6 l. cit. (reclusione da tre mesi a due anni). Si tratterebbe infatti d'introdurre una deroga a tale regola, certo elevabile a parametro di costituzionalità, peraltro motivata dall'elevato disvalore sociale di tale pratica.

**3. Dubbi sulla ragionevolezza della disposizione proposta possono invece sorgere** allorché, nell'intervenire in materia di maternità surrogata, **accomuna sotto la medesima concezione negativa fattispecie diverse**, non tenendo in adeguata considerazione che la produzione di ovociti e/o la gestazione per altri può avvenire **dietro compenso economico** (c.d. utero in affitto) oppure **per altruismo**, specie quando intercorra uno stretto rapporto biologico di parentela tra la gestante e la madre intenzionale (che può anche avere un rapporto biologico con il concepito allorché produca l'ovocita).

**Già oggi, il nostro ordinamento ammette atti dispositivi del proprio corpo purché gratuiti e non causino una diminuzione permanente dell'integrità fisica:** il baliatico nonché le donazioni di: sangue (l. 219/2005), midollo osseo (l. 52/2001); tessuti e cellule umane (d.lgs. 191/2007) e staminali, specie quelle ottenute dal cordone ombelicale, per curare talune malattie

(art. 3.3 l. 219/2005). Tali donazioni possono essere anche anonime a beneficio d'ignoti (c.d. **donazione "samaritana"**: v. pareri del Comitato nazionale per la bioetica e del Consiglio superiore della sanità rispettivamente del 23 aprile e 3 maggio 2010). Parimenti sono ammessi taluni trapianti tra viventi purché gratuiti (art. 3.2.c) CDFUE), come quelli del rene (art. 1 l. 458/1967) nonché di parti del fegato (l. 483/1999), polmone, pancreas e intestino (l. 167/2012).

Oggi, mentre la **donazione volontaria e gratuita di gameti ed embrioni** (art. 12.6 l. 40/2004; art. 3.2.c) Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea) a fini di fecondazione eterologa è **ammessa** (Cass., III pen. n. 36221/2019), **la maternità surrogata, anche in assenza di fine di lucro, è sempre vietata**. Questo perché, mentre nella fecondazione eterologa la madre rimane comunque la gestante, pur ricevendo gli ovociti prodotti da un'altra donna, nella maternità surrogata si verifica una scissione tra gestante e madre. Epperò non pare inutile chiedersi se, seguendo la *ratio* che ha portato la Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014, ad aprire alla fecondazione eterologa – e quindi al ricorso ad ovociti esterni, possa ritenersi ammissibile il ricorso alla gestazione per conto di altri – gratuita e/o samaritana – nel caso specifico in cui la donna per sterilità non sia in grado di portare avanti la gravidanza.

**Sul punto sarebbe dunque opportuno un supplemento di riflessione al fine di meglio tipizzare la condotta penalmente perseguita in ossequio ai principi di legalità, tassatività e determinatezza della fattispecie penale**, onde evitare parificazioni che potrebbero essere un domani giudicate irragionevoli perché corrispondenti a situazioni diverse.

4. Infine, non pare inutile ricordare che la questione della perseguibilità all'estero del ricorso alla c.d. maternità surrogata, per quanto distinta, è correlata a quella riguardante lo status giuridico dei figli avuti ricorrendo a tale pratica vietata, in relazione ovviamente non al genitore biologico ma intenzionale, cioè di colui/colei che partecipa al processo procreativo esclusivamente attraverso l'atto di volontà con cui condivide con il/la partner il progetto genitoriale.

Com'è noto, secondo la Corte EDU **gli Stati devono dare riconoscimento giuridico al rapporto tra genitore "intenzionale" e minore nato all'estero ricorrendo a pratiche vietate in nome del preminente diritto del bambino alla tutela della sua identità e al rispetto della sua vita privata ex art. 8 CEDU** (26.6.2014 *Mennesson c. Francia* e *Labassée c. Francia*; Grande Camera 16.7.2020 *D. c. Francia*, 19.12.2019 *C. c. Francia* e *E. c. Francia* tutte a seguito del previo parere consultivo 10.4.2019 *Mennesson c. Francia*; 18.5.2021 *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*). **Essi, piuttosto, hanno ampia discrezionalità nello scegliere se tali figli** (una volta nati in Italia oppure, se nati all'estero, in forza del provvedimento amministrativo o giudiziario colà registrato) vadano trascritti – con procedure celeri ed in tempi comunque ragionevoli - come di entrambi i genitori, incluso quindi quello intenzionale (così in Francia in ragione del tempo trascorso: v. Cass. 648/2019), a prescindere che si tratti di coppia etero o omosessuale; oppure del solo genitore "biologico", tutelando per altra via i diritti del genitore intenzionale. Quest'ultima è la soluzione vigente nel nostro ordinamento dove il genitore "intenzionale" non può essere trascritto come genitore ma può piuttosto adottare il minore ricorrendo alla c.d. adozione in casi particolari (c.d. adozione non legittimante). Tale soluzione, condivisa dalla giurisprudenza ordinaria (Cass., I civ. 23319-21/2021, s.u. civ. 12193/2019), è stata però oggetto di osservazioni critiche dalla Corte costituzionale nelle due sentenze "gemelle"

riguardanti minori nati all'estero grazie al ricorso rispettivamente alla fecondazione eterologa da parte di una coppia femminile (32/2021) e alla gestazione per altri da parte di una coppia maschile (33/2021). Secondo i giudici costituzionali, infatti, la soluzione dell'adozione non legittimante per i genitori intenzionali "costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali" perché "non attribuisce la genitorialità dell'adottante" (33/2021, 5.8). Essa, infatti, non offre piena tutela all'interesse del bambino ad "ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono ad entrambi i componenti della coppia" che hanno voluto la sua nascita e si sono presi quotidianamente cura di lui, esercitando in tal modo di fatto la responsabilità genitoriale, indipendentemente che si tratti di coppie etero o omosessuali, poiché "l'orientamento sessuale non incide di per sé sull'idoneità ad assumere ed esercitare la responsabilità genitoriale" (33/2021, 5.4). Per questo motivo la stessa Corte costituzionale, con sentenza n. 79/2022, ha dichiarato incostituzionale l'art. 55 l. 184/1983 al fine di stabilire legami giuridici tra adottato e parenti dell'adottante, onde garantire parità di condizioni a tutti i figli ex artt. 3, 30 e 31 Cost.

Sotto questo profilo, non si può non evidenziare il **rischio che l'eventuale introduzione del reato universale di maternità surrogata indurrebbe il genitore intenzionale o la coppia che abbia fatto ricorso a tale pratica negli Stati in cui è consentita a rinunciare alla trascrizione dell'atto di nascita**, rinunciando così ad un titolo giuridico utile ai fini del riconoscimento dello *status* di genitore quantomeno adottivo del figlio, di cui inoltre verrebbe leso il superiore interesse ad avere un legame giuridico con entrambi i genitori.

Anche in ragione di quest'ultimo profilo, pare opportuno allora che codesta Commissione, raccogliendo il pressante invito della Corte costituzionale (sentenza n. 33/2021), **estenda il suo campo d'intervento in un'ottica di disciplina complessiva della materia riguardanti i figli nati da maternità surrogata, anziché limitarsi alla pur condivisibile repressione penale di tale odiosa pratica anche se commessa all'estero, onde offrire loro adeguata tutela rispetto alle possibili ripercussioni dell'intervento legislativo proposto.**