

**Audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati**  
Progetti di legge C. 342 Candiani, C. 887 Varchi e C. 1026 Lupi,  
in tema di maternità surrogata realizzata all'estero

12 aprile 2023

*Prof.ssa Marilisa D'Amico*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Il contenuto dei progetti di legge all'esame della Commissione – 3. Sulla opportunità dell'intervento legislativo proposto alla luce del quadro normativo vigente – 4. Sulla legittimità costituzionale e sull'opportunità del ricorso allo strumento penale – 5. La punibilità del cittadino italiano in presenza di una condotta commessa all'estero: qualche spunto dalla giurisprudenza di legittimità – 6. Sanzione penale della condotta commessa all'estero e tutela del superiore interesse del minore – 7. Sulla conformità dei progetti al sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo – 8. Cenni in prospettiva comparata – 9. La recente sentenza delle SS.UU. e il problema della trascrivibilità degli atti di nascita e dei provvedimenti stranieri – 10. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Il tema della maternità surrogata o gestazione per altri torna ad impegnare il dibattito parlamentare a distanza di pochi mesi dalla discussione delle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni), presentate nella scorsa legislatura, a conferma sia dell'attualità delle problematiche, giuridiche ed extragiuridiche, implicate dal ricorso a tali pratiche, sia delle difficoltà di raggiungere una sintesi tra le diverse sensibilità presenti in Parlamento.

Preliminarmente, giova ricordare che la maternità surrogata è una pratica che l'ordinamento giuridico italiano già prende in considerazione, elevandola ad illecito penale, fin dal 2004. Più in particolare, con la legge n. 40 del 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, il legislatore ha introdotto la prima normativa specificatamente preposta alla disciplina delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita e, tra queste, vi ha incluso **la c.d. surrogazione di maternità facendola oggetto di un divieto penale, ai sensi dell'art. 12, comma 6, legge n. 40 del 2004**. La disciplina contenuta in questa legge ha subito numerose modifiche nel corso degli anni, ma il divieto assoluto di maternità surrogata ivi previsto non è mai stato oggetto di interventi modificativi, né tramite proposte legislative modificative della norma di legge in esame, né per effetto delle pronunce della Corte costituzionale.

Se il divieto assoluto di maternità surrogata e la scelta legislativa di ricorrere allo strumento penale per reprimerne la realizzazione, la organizzazione, la pubblicizzazione e la commercializzazione, sono rimasti inalterati, **maggiore attenzione ha conseguito invece la regolamentazione delle conseguenze derivanti dal ricorso alla maternità surrogata**.

Ci si riferisce alla condizione del nato da maternità surrogata, realizzata all'estero dai genitori c.d. di intenzione. Il divieto assoluto di maternità surrogata ha, infatti, negli anni indotto numerose coppie italiane, eterosessuali oppure omosessuali, a fare ricorso a tale pratica all'estero per poi richiedere la trascrizione del certificato di nascita estero entro l'ordinamento giuridico nazionale. È sulle **criticità legate alla non trascrivibilità del certificato di nascita estero del nato da maternità surrogata**, che si sono incentrate le principali problematiche legate al divieto.

Si tratta di un fenomeno che ha avuto risonanza internazionale – si pensi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. *infra* § 7) –, ma anche nazionale. Il riferimento è alla giurisprudenza di legittimità, sia civile sia penale, ma anche alla giurisprudenza costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione dell'art. 263 del codice civile nella parte in cui tale norma non prevede *“che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenne possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso”*, e che la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata con sentenza n. 272 del 2017.

Non meno importante è, inoltre, ricordare che la Corte costituzionale è tornata sul tema a distanza di pochi anni: con la sentenza n. 33 del 2021, pur dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, legge n. 40 del 2004 e 18, D.P.R. n. 396 del 2000, *“nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico”*, la Consulta ha però sollecitato il legislatore ad apprestare una disciplina preposta a regolamentare le conseguenze giuridiche che ricadono sul nato da maternità surrogata praticata all'estero.

In tempi ancora più recenti, è nuovamente intervenuta la Corte costituzionale – con la **sentenza n. 79 del 2022** – rimuovendo l'impedimento alla costituzione di rapporti civili con i parenti dell'adottante, pronunciandosi su uno snodo centrale della disciplina dell'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184 del 1983, all'insegna della piena attuazione del principio di unità dello stato di figlio. L'intervento della Corte ha così prodotto il risultato per cui anche *“l'adozione del minore in casi particolari produce effetti pieni e fa nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante. Al pari dell'adozione “ordinaria” del minore di cui agli artt. 6 e ss. della legge n. 184 del 1983, l'adozione in casi particolari non si limita a costituire il rapporto di filiazione con l'adottante, ma fa entrare l'adottato nella famiglia dell'adottante. L'adottato acquista lo stato di figlio dell'adottante”*.

E da ultimo, su questi ed altri profili, come si dirà meglio oltre (cfr. *infra* § 9), si sono pronunciate anche le **Sezioni Unite della Corte di cassazione**, chiamate, ancora una volta, a ragionare della compatibilità con l'ordine pubblico della trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero, a seguito di una pratica di maternità surrogata.

Lo scenario nazionale e sovranazionale, come è facile intuire, è oltremodo complesso ed offre alcune indicazioni di carattere generale: innanzitutto, un giudizio negativo sulla pratica della maternità surrogata, definita in varie occasioni come lesiva del principio di “dignità” della donna; in secondo luogo, l'attenzione alle prevalenti esigenze di salvaguardia

del c.d. superiore interesse del minore nato da maternità surrogata nel bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente e convenzionalmente rilevanti; infine, l'assenza di pronunce sulla costituzionalità ma, anche, sulla convenzionalità della maternità surrogata così come del suo divieto, sia esso o meno assistito da apposita sanzione penale.

Si tratta, a questo punto, di verificare come le proposte di legge oggi all'esame della Commissione giustizia si inseriscano in un quadro giurisprudenziale che, pur non ponendo in dubbio il divieto penale della maternità surrogata, riconosce tuttavia come la problematica centrale legata alla maternità surrogata praticata all'estero sia rappresentata dalla necessaria salvaguardia del nato.

Nelle riflessioni che seguiranno, dopo una sintetica descrizione dei contenuti delle proposte di legge, ci si occuperà di alcuni aspetti specifici che interessano la conformità delle proposte rispetto ai principi costituzionali in tema di utilizzo dello strumento penale e di salvaguardia del superiore interesse del minore. Qualche osservazione sarà, poi, dedicata ai rapporti tra il contenuto della riforma qui proposta e il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Da ultimo, richiamato il recente pronunciamento delle Sezioni Unite, si svolgeranno alcune riflessioni conclusive, tenendo a mente sia le novità in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita formatosi all'estero, sia le possibili direttrici di sviluppo della materia.

## *2. Il contenuto dei progetti di legge all'esame della Commissione*

I progetti di legge – C. 342 (*Candiani e altri*), C. 887 (*Varchi e altri*) e C. 1026 (*Lupi e altri*), presentati rispettivamente il 14 ottobre 2022, 15 febbraio 2023 e 21 marzo 2023 – muovono **dalla condivisa volontà di irrobustire il sistema normativo vigente nei confronti della pratica della maternità surrogata**, già assistita, come detto in premessa, assieme alla donazione di gameti (nell'impostazione originaria della legge n. 40, alla luce della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto), da apposita sanzione penale a norma dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, **prevedendo la punibilità anche della condotta realizzata all'estero**.

Rispetto all'attuale formulazione dell'art. 12, comma 6, in forza della quale la pratica assume rilievo solo se realizzata in Italia, è opportuno preliminarmente precisare alcune coordinate di carattere generale, per poi approfondire i vari profili.

In primo luogo, sul versante dell'applicazione giurisprudenziale, giova richiamare una **recente sentenza – la n. 38162 del 2022 – della Corte di cassazione**, secondo cui *“la surrogazione all'estero in conformità della legge ivi vigente da parte di cittadini italiani non può essere ricondotta all'illecito penale di cui al citato articolo 12, comma 6. **La norma incriminatrice non intercetta le condotte commesse fuori dal territorio dello Stato, essendo il fatto tipico di surrogazione di maternità contrassegnato da un forte radicamento al territorio nazionale**”*.

In secondo luogo, come si dirà più diffusamente oltre, vi sono anche dei riferimenti normativi a livello codicistico da tenere in considerazione, l'esame dei quali consente di inquadrare precisamente i termini della questione: anzitutto, l'**art. 9, rubricato *Delitto***

*comune del cittadino all'estero, c.p.*, a mente del quale “*Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato. Se si tratta di delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del ministro della giustizia ovvero a istanza, o a querela della persona offesa. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, qualora si tratti di delitto commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito a richiesta del ministro della giustizia, sempre che l'extradizione di lui non sia stata concessuta, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non sono necessarie per i delitti previsti dagli articoli 320, 321, 346-bis, 648 e 648-ter.1”*; restano poi ovviamente ferme le fattispecie penali di cui agli artt. 567, *Alterazione di stato*, e 495, *Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri, c.p.*

Ciò premesso, la *ratio* comune dell'intervento legislativo oggi all'esame della Commissione è quella di contrastare il fenomeno del c.d. turismo procreativo, cioè il ricorso da parte di cittadini italiani alla pratica della maternità surrogata in Paesi stranieri, europei o extraeuropei, dove quest'ultima è ammessa e a cui fa seguito, di regola, la richiesta da parte dei genitori (c.d. di intenzione o committenti) di fare trascrivere nei registri dello Stato civile nazionale l'atto di nascita formato all'estero.

Sebbene la finalità comune emerga in modo più o meno esplicito, **le tre proposte di legge non sembrano essere totalmente coincidenti circa la tecnica legislativa adoperata e gli effetti che seguirebbero all'estensione dell'applicabilità extraterritoriale della sanzione penale ex art. 12, comma, 6.**

Si noti, anzitutto, le differenti scelte di *drafting* sottese alle varie proposte: da un lato, le proposte C. 887 e C. 1026 mirano ad integrare quanto disposto al comma 6, mentre, dall'altro, la proposta C. 342 intende intervenire con l'aggiunta del comma 6-*bis*.

Più specificatamente, le due proposte che integrano il comma 6 presentano due differenti perimetri di applicazione: posto che entrambe mirano ad estendere le pene previste dal “presente comma”, che si riferisce tanto alle pratiche di maternità surrogata tanto alla commercializzazione di gameti, la proposta C. 1026 specifica che la novella interviene nei soli casi di surrogazione di maternità. Al contrario, questa precisazione è assente nella proposta C. 887 che, dunque, si riferirà ad entrambe le pratiche oggetto di sanzione al comma 6<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si legge, a tal riguardo, nel Dossier del Centro Studi – Dipartimento giustizia della Camera dei deputati, che ha accompagnato il dibattito in Commissione, che “*il primo reato, relativo alla commercializzazione di gameti ed embrioni ha oggi, dopo la sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (sentenza n. 162 del 2014), una portata diversa rispetto a quella che gli riconosceva il legislatore nel 2004, quando tale pratica di fecondazione era vietata. La legittimità, a talune condizioni, della fecondazione eterologa, infatti, rende legittima anche la cessione di gameti, senza la quale l'eterologa sarebbe impraticabile; ciò non ha comportato, però, per la Cassazione penale, una abrogazione del reato*”.

Similmente alla proposta C. 1026, la proposta che mira all'introduzione di un comma "autonomo" (C. 342) prospetta un perimetro applicativo più circoscritto, esplicitando che "è vietato accedere alla surrogazione di maternità all'estero".

**Inoltre, si segnala che tutte e tre le proposte condividono il medesimo ambito di applicazione *ratione materiae*.** Sotto questo profilo, tutte presentano un rinvio al novero di condotte tipizzate dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 e, cioè, la realizzazione, la organizzazione, la pubblicizzazione della maternità surrogata. Sicché, la punizione che si intende introdurre abbraccia tutte le condotte descritte al comma 6, che saranno punibili anche se commesse all'estero.

Quanto all'ambito soggettivo, due delle tre proposte (C. 342 e C. 1026) indirizzano la nuova fattispecie incriminatrice alla condotta commessa all'estero del cittadino italiano, mentre l'altra proposta C. 887, non specificando tale aspetto, mira ad estendere la punibilità della stessa indifferentemente nei confronti del cittadino italiano oppure dello straniero.

E ancora, a integrazione, la proposta C. 1026 fa riferimento, nella relazione introduttiva, alla limitatezza dell'estensione dell'attuale divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, dal momento che "*non fornisce tutela ai soggetti coinvolti qualora tali atti siano compiuti all'estero*"; la proposta C. 342 è esplicitamente finalizzata a "*ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come un vero e proprio traffico commerciale di bambini*", così introducendo un "*esplicito divieto per gli italiani di accesso alla pratica della maternità surrogata*". Ne risulta, in tal caso, sicuramente accentuato il carattere ideologico, financo simbolico, dell'intervento penale (v. *infra* §4).

La proposta C. 887 intende non lasciare più "i tribunali soli davanti alle problematiche che sempre più spesso si stanno determinando a causa del ricorso da parte di cittadini italiani a pratiche di surrogazione di maternità effettuate all'estero", così rendendo manifesta la "contrarietà allo sfruttamento e alla commercializzazione di fatto di donne e bambini".

In definitiva, i progetti di legge, come premesso, sono accomunati dalla scelta di ricorrere allo strumento penale per fronteggiare il fenomeno del c.d. turismo procreativo.

Un'ultima notazione investe, infine, l'ampiezza delle condotte potenzialmente oggetto della sanzione penale proposta dai progetti di legge.

Tutti i progetti di legge non definiscono, così come non è definito nella fattispecie originaria, che cosa si intenda per "maternità surrogata", e conseguentemente omettono di chiarire se la sanzione penale sia da applicarsi soltanto alla maternità surrogata praticata all'estero a titolo oneroso, anche a quella realizzata a titolo gratuito, oppure soltanto a forme della pratica in esame che presuppongano lo sfruttamento delle donne (e delle giovani donne). A fronte di tale impostazione, sembra pertanto doversi ritenere che l'intenzione dei proponenti debba intendersi come riferibile a qualsiasi forma di gestazione per altri praticata all'estero, a titolo gratuito e a titolo oneroso, riproponendo, sia pur con un ambito di applicazione più ampio siccome riferito anche alle condotte poste in essere all'estero, lo stesso schema "a forma libera" sotteso all'attuale formulazione dell'art. 12, comma 6.

3. *Sulla opportunità dell'intervento legislativo proposto alla luce del quadro normativo vigente*

Un primo aspetto di origine generale sul quale conviene soffermarsi attiene alla **effettiva opportunità dell'intervento legislativo presupposto dalle proposte di legge**. Ci si chiede, in altri termini, se sia necessario o meno quel rafforzamento delle misure di contrasto del fenomeno della maternità surrogata di cui riferiscono le proposte e, ancora prima, se sia effettivamente rintracciabile quella lacuna normativa che denuncia, in particolare, il progetto di legge C. 887.

Ci si potrebbe innanzitutto domandare se l'ordinamento giuridico italiano presenti davvero una disciplina lacunosa in materia di maternità surrogata.

L'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 non si limita a vietare in modo assoluto il ricorso a tale pratica, come previsto per la fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, prima dell'intervento della Corte costituzionale (sentenza n. 162 del 2014). L'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 non adotta questa impostazione, optando per la sanzione penale di alcune specifiche condotte, ossia la **realizzazione, l'organizzazione e la pubblicizzazione della surrogazione di maternità**. Ci si trova, quindi, di fronte ad una condotta, o meglio, a più condotte collegate al fenomeno della maternità surrogata, che il legislatore ha scelto di includere tutte nel novero delle fattispecie penalmente rilevanti. Una opzione che testimonia l'elevato disvalore sociale che l'ordinamento giuridico italiano mostra nei confronti della maternità surrogata e anche l'attenzione per introdurre una fattispecie precisa e non generica, rispettosa quindi del principio di determinatezza della legge penale.

Dal momento che la maternità surrogata costituisce già una condotta assistita da sanzione penale e che, tramite il ricorso allo strumento penale, il legislatore ha adottato l'approccio più severo estendendolo peraltro anche a tutta la cerchia di attività collaterali e funzionali alla realizzazione della medesima, **la proposta di punire anche le condotte occorse all'estero, laddove sia viceversa legittimo l'impiego della surrogazione di maternità, potrebbe rivelarsi anzitutto non necessario alla luce del sistema normativo vigente**.

Valga, inoltre, aggiungere che, pur non essendosi mai direttamente pronunciata sul divieto di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, la Corte costituzionale ha formulato, nelle occasioni in cui si è occupata di questioni correlate, alcuni *obiter dictum* molto rilevanti, nel senso di ritenere l'attuale incriminazione non contraria ai principi posti in Costituzione.

In particolare, nella citata decisione n. 272 del 2017, la Corte costituzionale ha avuto occasione di sottolineare *“l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale”<sup>2</sup> e definita alla stregua di una pratica che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”<sup>3</sup>.*

Anche la questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte con sentenza n. 33 del 2021 non si proponeva di mettere in discussione la scelta punitiva accolta dal legislatore del 2004, ma solamente di adeguare la norma al fine di scongiurare che il ricorso a tale pratica, laddove lecita, si riverberasse negativamente ai danni del nato.

---

<sup>2</sup> Corte cost. sent. n. 272 del 2017, punto n. 4.3. del *Cons. in Dir.* Già la sentenza n. 162 del 2014, in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo aveva rigorosamente delimitato le due pratiche, ribadendo, seppure tra le righe, la necessità del divieto di maternità surrogata.

<sup>3</sup> *Ibidem*, punto n. 4.2. del *Cons. in Dir.*

#### 4. Sulla “legittimità costituzionale” e sull’opportunità del ricorso allo strumento penale

Un ulteriore aspetto da indagare attiene alla appropriatezza, dal punto di vista della legittimità costituzionale, della scelta accolta dalle tre proposte di legge all’esame della Commissione di affidare allo strumento penale la soluzione del problema del cd. “turismo procreativo”<sup>4</sup>.

Come osservato, i progetti di legge prevedono la enucleazione di una nuova fattispecie incriminatrice, punendo la condotta realizzata all’estero dal cittadino italiano (oltre che dallo straniero, come prevede la proposta di legge C. 887, *Varchi e altri*).

Un primo elemento da evidenziare attiene alla conformità della impostazione proposta alla luce del **principio costituzionale che impone il ricorso alla sanzione penale quale *extrema ratio***, ossia che ammette l’impiego dello strumento penale soltanto a fronte dell’*“assenza o insufficienza o [...] inadeguatezza di altri mezzi di tutela”*<sup>5</sup>. Il criterio della *extrema ratio* presuppone, cioè, che il legislatore *“circoscriv[er] l’ambito del penalmente rilevante”*<sup>6</sup>, allo scopo di *“ridurre la quantità di norme penali, e, così, [...] concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima ratio) di pochi beni, significativi od almeno importanti, per l’ordinato vivere sociale”*<sup>7</sup>.

Non è facile affermare che siffatte condizioni sussistano in relazione alla fattispecie che le proposte di legge assoggettano a sanzione penale. Si tratta, è vero, del tentativo di introdurre un deterrente rispetto a una pratica ritenuta “reato” in Italia, in quanto lesiva della dignità della donna e degli interessi dei minori, ma proprio per questo il ricorso al divieto penale “extraterritoriale” pone dei dubbi circa la sua reale necessità ed effettiva utilità, anche tenendo conto dell’art. 9 c.p. e, soprattutto, degli artt. 567 e 495 c.p. che risultano applicabili al rientro in Italia.

Piuttosto, **la scelta di introdurre una nuova fattispecie incriminatrice appare espressiva di un utilizzo meramente simbolico del diritto penale** che, lungi dall’assolvere alla funzione di prevenire, prima, e di reprimere, poi, la condotta oggetto di sanzione, si risolve in una mera proclamazione di disvalore nei confronti della pratica oggetto di censura, sprovvista però di reale efficacia sul piano concreto.

Non si possono, infatti, sottacere le difficoltà probatorie legate all’accertamento della realizzazione della condotta oggetto di sanzione penale, specialmente se attuata in contesti ordinamentali che, viceversa, riconoscono come legittima la pratica in esame. Non è un caso, che l’estensione della punibilità di determinate fattispecie anche se commesse all’estero dal cittadino poggi di regola su un **criterio di doppia incriminazione**, cioè **di comune disvalore prestato da più ordinamenti giuridici – in particolare, da quello nel cui**

---

<sup>4</sup> Per un approfondimento sui profili più specificatamente penalistici in relazione ai progetti di legge simili presentati nella precedente legislatura, si v. M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in *Sistema penale*, 2021, 1 e ss.

<sup>5</sup> Corte cost. sent. n. 447 del 1998.

<sup>6</sup> Corte cost. sent. n. 409 del 1989.

<sup>7</sup> Corte cost. sent. n. 487 del 1989.

**territorio si consuma il reato – nei confronti della medesima condotta. Viceversa, la eterogeneità delle soluzioni vagliate dagli ordinamenti giuridici**, europei ed extraeuropei, e l'ovvia circostanza che le coppie si recano presso Stati che ammettono il ricorso alla maternità surrogata, **rende assai poco probabile l'effettiva perseguibilità penale della condotta**.

L'effetto della soluzione suggerita potrebbe essere anche del tutto controproducente rispetto alla finalità perseguita dalle proposte. A fronte del divieto penale, le coppie che abbiano fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata si troverebbero di fatto indotte, proprio al fine di aggirare la sanzione penale, a non richiedere più la trascrizione del certificato di nascita del minore nato da maternità surrogata 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 della sanzione penale, nel caso all'esame, avrebbe scarsa efficacia deterrente e si tradurrebbe essenzialmente 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 salvaguardia dell'interesse del minore al quale deve essere assegnata prevalenza nel bilanciamento con gli altri diritti costituzionalmente rilevanti.

In altre parole, il ricorso allo strumento penale difficilmente frenerebbe il fenomeno del turismo procreativo denunciato nelle relazioni illustrative e che le proposte si propongono di fronteggiare. All'opposto, esso rischierebbe di indurre le coppie ad aggirare il divieto, a muoversi nell'illegalità e a costringere il minore, cioè il nato da maternità surrogata realizzata all'estero, a subire lui per primo tutte le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla condotta illecita realizzata dai genitori di intenzione.

Di tutta evidenza, quindi, è la problematicità delle proposte che sembrano apprestare strumenti incoerenti rispetto alla finalità che intendono perseguire: non solo il contrasto della maternità surrogata e del turismo procreativo ad essa connessa, ma anche del c.d. "commercio di bambini". Finalità quest'ultima che verrebbe positivizzata anche al livello normativo secondo quanto previsto dalla proposta C. 342 (*Candiani e altri*), che con l'introduzione del comma 6-bis espliciterebbe la finalità sottesa all'estensione extranazionale del divieto di maternità surrogata che risiederebbe, appunto, nel voler "*ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini*".

**Si è però di avviso opposto: se l'obiettivo è la tutela dei nati da maternità surrogata, non è vietando penalmente la condotta posta in essere dai genitori che si salvaguarda lo status del minore.**

Una impostazione analoga a quella fatta propria dalle proposte di legge all'esame non è, peraltro, ignota all'ordinamento giuridico italiano che ha conosciuto e, tuttora, conosce importanti esempi di **diritto penale simbolico**. Si pensi, fino all'entrata in vigore della l. n. 194 del 1978, alla sanzione penale dell'interruzione volontaria di gravidanza che costringeva le donne ad abortire illegalmente mettendo a rischio la propria salute se non addirittura la propria vita. Ancora, può richiamarsi il vigente divieto penale di mutilazioni genitali femminili, introdotto con l. n. 7 del 2006, in vigore ormai da oltre 15 anni e quasi mai applicato, a testimonianza della pressochè inefficacia del ricorso allo strumento penale, quando si vorrebbero modificare od orientare scelte e comportamenti personali e culturali.



L'intenzione delle proposte di legge di contrastare la realizzazione della maternità surrogata all'estero per mezzo della previsione di una nuova fattispecie delittuosa appare, pertanto, censurabile in quanto non rispettosa del criterio dell'*extrema ratio*, espressione di un utilizzo meramente simbolico del diritto penale e, da ultimo, irragionevole in considerazione della incoerenza tra finalità dichiarata e mezzi apprestati per il suo perseguimento.

Oltre questi profili, si collocano ulteriori criticità che guardano, invece, alla proposta introduzione del criterio di extraterritorialità, essendo i progetti preordinati, come detto, a sanzionare condotte realizzate, in tutto oppure solo in parte, entro i confini territoriali di altro Stato.

Premesso che il legislatore non fornisce una definizione puntuale di maternità surrogata<sup>8</sup> e che la fattispecie oggetto di sanzione penale copre condotte tra di loro profondamente eterogenee (la realizzazione, la organizzazione, la pubblicità), un primo aspetto da considerare attiene alla applicabilità dell'art. 6 c.p., *Reati commessi nel territorio dello Stato*, nei suoi rapporti con l'art. 9 c.p., *Delitto comune del cittadino all'estero*, che, come noto, estende la potestà punitiva dello Stato anche nei confronti di alcune fattispecie delittuose commesse all'estero dal cittadino italiano. Si tratta, cioè, di distinguere quali sono le condotte che si realizzano entro il territorio dello Stato, quali all'estero e, ancora, quali siano state attuate solo parzialmente all'estero. In questo caso, le difficoltà derivano dalla omessa delimitazione degli elementi che caratterizzano il fatto tipico; omissione che rende oltremodo complessa la delimitazione della condotta da isolare al fine della integrazione della fattispecie incriminatrice proposta dai progetti di legge che, a sua volta, potrebbe indebolire la stessa efficacia della norma di legge di proposta introduzione.

In secondo luogo, se si assume che le proposte di legge intendano riferirsi esclusivamente alla maternità surrogata praticata all'estero e che quest'ultima si consumi integralmente al di fuori del territorio dello Stato, le proposte di legge appaiono difficilmente conciliabili con la previsione di cui all'art. 9 c.p.

**L'art. 9 c.p. stabilisce l'applicabilità del diritto penale nazionale, in attuazione di un criterio di extraterritorialità, in relazione a fattispecie delittuose connotate da un elevato livello di disvalore sociale.** La norma si applica, infatti, a reati puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Viceversa, la fattispecie prevista dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 non prevede un trattamento sanzionatorio così severo, prevedendo la pena della reclusione da 3 mesi sino a 2 anni, con la conseguenza che le proposte di legge estendono l'applicazione della legge penale nazionale in relazione a condotte eterogenee e che non si caratterizzano per analogo disvalore sociale, con ciò frustrando la *ratio* di cui all'art. 9 c.p. che mira, viceversa, ad assicurare la punibilità solo di reati di particolare gravità qualora commessi al di fuori del territorio dello Stato. È vero che, come anticipato in premessa, nella sua seconda parte l'art. 9 c.p. fa riferimento ai delitti per i quali è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata – tra i quali, pertanto, potrebbe rientrare il delitto di cui all'art. 12, comma 6 –, tuttavia, in simili ipotesi, la

---

<sup>8</sup> Cosa che, di per se stessa, potrebbe porsi all'origine di alcune criticità sul piano del rispetto del principio costituzionale di legalità in materia penale e dei suoi corollari di determinatezza/tassatività. In questo senso, E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011, Tomo II, pp. 1537 ss.

punibilità è subordinata alla richiesta del Ministro della giustizia, ciò che rende poco probabile l'attivazione dello strumento.

Inoltre, la proposta di estendere l'incriminazione anche alle condotte poste in essere in territori stranieri sembra entrare in tensione con un'ulteriore indicazione che, secondo una lettura condivisa da autorevole dottrina penalistica<sup>9</sup>, si ricava dall'art. 9 c.p., e cioè che, pur se inespresa a livello codicistico, sarebbe operativa in questo ambito la regola per cui **l'assoggettamento alla legge penale italiana di reati comuni commessi all'estero dal cittadino è sottoposto anche alla condizione della doppia incriminazione, vale a dire della previsione del fatto come reato sia secondo la legge italiana, sia secondo la legge dello Stato straniero nel quale è stato commesso il reato.**

A sostegno di questa tesi possono richiamarsi anche i lavori preparatori del Codice penale: nella **Relazione al progetto definitivo del Codice** si legge precisamente che *“occorre che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso”*; e tutto ciò, a ben vedere, appare perfettamente in linea con la prospettiva garantistica che anima il **principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. e, con esso, il corollario della colpevolezza**: è infatti difficile immaginare che il cittadino italiano, che vive stabilmente all'estero, in un territorio dove un certo comportamento è autorizzato o, comunque, non elevato ad illecito penale, possa orientare le proprie scelte d'azione sulla base della legge penale dello Stato italiano che quello stesso comportamento ritiene di sanzionare.

Tali affermazioni hanno una valenza di carattere generale, potendosi spendere sia con riferimento all'attuale formulazione dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, sia, benché in termini sensibilmente diversi, in relazione all'ipotizzata estensione della stessa fattispecie anche a condotte commesse in un territorio estero che potrebbe però, allo stesso tempo, continuare a considerarle lecite e inquadrarle all'interno di una precisa regolamentazione di tipo giuridico.

**Indicazioni analoghe si ricavano anche dalla giurisprudenza di legittimità**: pur a fronte di alcuni precedenti risalenti di segno opposto<sup>10</sup>, in diverse e più recenti occasioni la Suprema Corte ha affermato che *“in tema di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'art. 7 c.p., è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero dallo straniero che questi risultino punibili come illeciti penali, oltre che dalla legge penale italiana, anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati”*<sup>11</sup>. In una ulteriore pronuncia, la Corte di cassazione ha anche precisato che la questione della “doppia incriminabilità” *“assume sicuro rilievo, ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta (Corte cost., 24/03/1998, n. 364), in quanto l'errore investe la portata applicativa del menzionato art. 9 c.p.”*<sup>12</sup>.

In definitiva e più in generale, le incongruenze tra la finalità perseguita dalla norma di nuova introduzione e i mezzi apprestati per il suo perseguimento – l'estensione della punibilità anche alla maternità surrogata praticata all'estero facendo perno su una norma del Codice penale introdotta per fronteggiare reati di tipo diverso e più gravi – pongono alcuni

---

<sup>9</sup> Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2015, p. 141.

<sup>10</sup> Cfr. Cass., sez. II pen., n. 2860 del 1991.

<sup>11</sup> Cfr. Cass., sez. I pen., n. 38401 del 2002.

<sup>12</sup> Cfr. Cass., sez. V pen., n. 13525 del 2016.

dubbi sulla conformità delle proposte di legge rispetto al principio costituzionale di ragionevolezza sancito a norma dell'art. 3, comma 1, Cost.

Da ultimo, e come già accennato, l'omessa definizione delle condotte oggetto di sanzione penale, che ripete il vizio originario della norma vigente che non fornisce una definizione di maternità surrogata, solleva alcune criticità con riferimento alla sua conformità rispetto al principio di legalità in materia penale e ai suoi corollari, cioè i principi di tassatività e di determinatezza.

##### *5. La punibilità del cittadino italiano in presenza di una condotta commessa all'estero: qualche spunto dalla giurisprudenza di legittimità*

Il tema della punibilità della maternità surrogata realizzata all'estero dal cittadino italiano e le sue conseguenze sul piano dell'ordinamento interno è stato oggetto di alcune pronunce di merito e, più di recente, di una importante decisione della Corte di Cassazione penale.

Prima di soffermarsi più approfonditamente su questa più recente decisione, può essere utile dare conto dell'orientamento dei giudici comuni che hanno escluso, in ipotesi di maternità surrogata praticata all'estero, la integrazione delle fattispecie incriminatrici del reato di alterazione di stato *ex art. 567, comma 2, c.p.*<sup>13</sup> e di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali di cui all'art. 495, comma 2, n. 2, c.p.<sup>14</sup>, poiché sussisterebbe un obbligo di riconoscere il legame di parentela tra il minore e i genitori intenzionali.

In senso analogo, a distanza di qualche anno, si è pronunciata anche la Corte di Cassazione penale, con la già citata sentenza n. 13525 del 2016, che similmente ha escluso la ricorrenza del reato di alterazione di stato a fronte della richiesta dei genitori di ottenere la trascrizione del certificato di nascita formato all'estero a motivo, tra gli altri, della eterogeneità tra le normative dei due ordinamenti considerati in linea con il criterio della c.d. doppia incriminazione<sup>15</sup>.

Più di recente, sempre la Cassazione penale, è giunta a ritenere improcedibile il reato di maternità surrogata se realizzato all'estero<sup>16</sup>.

In particolare, la Suprema Corte ha posto, da un lato, l'accento sulla necessità che, ai fini dell'applicazione della legge italiana, tutti gli elementi della condotta o, almeno, una parte di essi siano stati realizzati in Italia ai sensi di quanto stabilisce l'art. 6, comma 2, c.p.; dall'altro, ha escluso la perseguibilità del reato di maternità surrogata se interamente commesso all'estero, la cui procedibilità sarebbe, in ogni caso, subordinata alla richiesta del Ministro di Giustizia secondo quanto disposto ai sensi dell'art. 9, comma 2, c.p.

In definitiva, quindi, la Suprema Corte esclude la punibilità della maternità surrogata che si sia consumata integralmente all'estero e conferma, ancora una volta, l'impostazione

---

<sup>13</sup> Cfr. Trib. Milano, Sez. V pen., 15 ottobre 2013; Trib. Milano, 8 aprile 2014.

<sup>14</sup> Cfr. Trib. Varese, 8 ottobre 2014.

<sup>15</sup> Cfr., anche, Cass., pen., sentenza n. 48696 del 2016 e n. 31409 del 2020.

<sup>16</sup> Il riferimento è a Cass., pen., sentenza n. 5198 del 2021; nello stesso senso v., anche Cass., pen., sentenza n. 38162 del 2022 secondo cui *"la norma incriminatrice non intercetta le condotte commesse fuori dal territorio dello Stato, essendo il fatto tipico di surrogazione di maternità contrassegnato da un forte radicamento al territorio nazionale"*.

della giurisprudenza di legittimità penale precedente che, di fatto, pare preordinata, correttamente, a preservare il legame di parentela intercorrente tra il nato e i genitori, ancorché di intenzione.

Ora, l'introduzione di un reato *ad hoc* con valenza "universale" – come immaginato dalle proposte di legge oggi all'esame della Commissione – sposta necessariamente i termini di un simile ragionamento, dal momento che, in caso di approvazione, la giurisprudenza sarà chiamata a confrontarsi con un reato diverso, in cui la condotta è destinata ad assumere rilievo ai fini dell'applicazione della legge italiana anche se commessa all'esterno. Nondimeno, le indicazioni che la giurisprudenza di legittimità ha fornito, sulla base del quadro normativo vigente, appaiono comunque utili per sottolineare, nella prospettiva *de iure condendo* che qui interessa, la circostanza che il focus del legislatore dovrebbe più opportunamente riguardare la posizione e l'interesse del minore coinvolto dalle pratiche di *surrogacy*.

#### *6. Sanzione penale della condotta commessa all'estero e tutela del superiore interesse del minore*

Come premesso, la giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo convergono entrambe sulla esigenza che la regolamentazione della maternità surrogata, quandanche si risolva in un divieto assoluto assistito da sanzione penale, non incida in modo pregiudizievole sul superiore interesse del minore a cui deve essere assicurata sempre prevalenza nel bilanciamento tra gli interessi contrapposti.

#### **Le proposte di legge si dimostrano carenti su questo aspetto.**

**Nessuno dei progetti di legge si preoccupa, né considera adeguatamente le ripercussioni che l'intervento legislativo proposto è suscettibile di produrre ai danni del minore nato all'estero all'esito del ricorso alla surrogazione di maternità.**

Si tratta di una carenza tanto più significativa se si considera che la legge n. 40 del 2004 non contiene alcuna norma volta a regolarizzare e salvaguardare lo *status* giuridico del nato da maternità surrogata come, viceversa, prevedeva la stessa legge sin dalla sua entrata in vigore a norma del suo art. 9, *Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre*, in relazione alla condizione del minore nato da fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo. In quella ipotesi, pure a fronte dell'allora vigente divieto assoluto di donazione dei gameti previsto dal testo originario dell'art. 4, comma 3, legge n. 40 del 2004, proprio allo scopo di tutelare il minore si prevedeva (e tuttora si prevede) che: “[q]ualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice”.

La norma era stata introdotta proprio allo scopo di evitare che l'eventuale aggiramento del divieto di cui all'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, tramite il ricorso alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo all'estero, potesse risolversi in un indebolimento se non in una lesione integrale del superiore interesse del minore.

Con riferimento alla maternità surrogata, viceversa, il minore si trova sprovvisto di qualsiasi strumento di tutela, non potendo l'art. 9 citato applicarsi anche al caso del nato da maternità surrogata.

La circostanza che i progetti di legge tacciano quanto alle conseguenze sul minore derivanti dalla introduzione della nuova fattispecie delittuosa solleva indubbie criticità con riferimento alla loro conformità ai principi costituzionali che apprestano tutela al superiore interesse del minore.

A questo proposito, non è inutile ricordare che la Corte costituzionale ha sempre ribadito la necessità, costituzionalmente imposta, di assicurare adeguata tutela al minore ancorché e soprattutto quando nato per effetto del ricorso da parte dei genitori a pratiche vietate dalla legge italiana.

Nella decisione n. 347 del 1998, in tema di disconoscimento della paternità, la Corte aveva affermato significativamente che: “[n]on si tratta [...] di esprimersi sulla legittimità dell'inseminazione artificiale eterologa, nè di mettere in discussione il principio di indisponibilità degli status nel rapporto di filiazione, principio sul quale sono suscettibili di incidere le varie possibilità [...] offerte dalle tecniche applicate alla procreazione. [...]. Si tratta invece di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato [...] non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all'art. 2 Cost. – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità [...]”<sup>17</sup>.

Ancora, la Corte costituzionale ha ripreso analoga impostazione e lettura dei principi costituzionali in occasione della successiva decisione n. 494 del 2002, in tema di omesso riconoscimento di uno *status filiationis* ai nati da incesto, e, più di recente, nella sentenza n. 272 del 2017, con cui la Corte suggerisce proprio il ricorso all'adozione in casi particolari, e nella sentenza n. 33 del 2021, in cui viceversa tale istituto viene ritenuto non pienamente idoneo. **In quest'ultima decisione, in particolare, la Corte è chiarissima nel sottolineare la doverosità di interventi legislativi che garantiscano la tutela del nato da maternità surrogata, a prescindere dalla illiceità della condotta dei genitori, che non può mai ricadere e riverberarsi negativamente ai danni del minore**, affermando che: “[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”<sup>18</sup>, e sottolineando “la ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore [corsivo aggiunto]”<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Sempre in epoca precedente all'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004, in senso analogo, si vedano Corte cost. sent. n. 341 del 1990 e sent. n. 429 del 1991. Più in generale, si vedano, anche, Corte cost. sent. n. 7 del 2013, n. 31 del 2012, n. 283 del 1999, n. 303 del 1996, n. 148 del 1992 e n. 11 del 1981.

<sup>18</sup> Corte cost. sent. n. 33 del 2021, punto n. 5.9. del *Cons. in Dir.*

<sup>19</sup> *Ibidem.*

Le proposte di legge in esame non si inseriscono, tuttavia, nel seminato tracciato dalla Corte costituzionale, sulla scorta della giurisprudenza europea, risolvendosi in un irrobustimento delle sanzioni nei confronti della maternità surrogata che non potrà che risolversi in un ulteriore indebolimento della condizione, già fragile, in cui versano i minori nati all'estero da maternità surrogata.

### *7. Sulla conformità dei progetti al sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*

Un ultimo aspetto sul quale soffermarsi attiene alla conformità delle proposte di legge qui in esame rispetto al sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

L'attenzione al livello sovranazionale di tutela dei diritti si impone alla luce delle obbligazioni che l'art. 117, comma 1, Cost. pone in capo al legislatore nazionale con particolare riferimento, nella prospettiva di analisi, all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che salvaguardia il diritto alla vita privata e familiare.

Nella sua giurisprudenza, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi sulla convenzionalità della maternità surrogata, mentre ha fornito indicazioni importanti sul tema della gestione delle conseguenze che ne derivano sul piano della tutela dei diritti facenti capo al minore nato da tale pratica.

L'importanza di simile impostazione va sottolineata, in questa sede, stante l'indifferenza che le proposte di legge mostrano rispetto alla condizione giuridica del nato da maternità surrogata, pure a fronte dell'intento dichiarato di voler contrastare la pratica in discorso anche in ragione degli effetti pregiudizievoli che ne derivano ai danni dei minori coinvolti (così, in particolare, la relazione illustrativa al progetto di legge C. 887).

A partire dalle famose pronunce contro la Francia (*Menesson c. Francia*<sup>20</sup> e *Labassee c. Francia*<sup>21</sup>), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, infatti, sempre adottato un approccio teso a riconoscere massima tutela al superiore interesse del minore.

In questa prospettiva, si inseriscono le due condanne nei confronti dello Stato francese, che, nell'aver omesso di trascrivere il certificato di nascita del minore nato all'estero a seguito di un contratto di maternità surrogata, si è reso responsabile, ad avviso della Corte di Strasburgo, di una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

In senso non dissimile va letta anche la pronuncia della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*<sup>22</sup>. L'assoluzione italiana, infatti, non poggia su un *overruling* dei precedenti resi contro la Francia, bensì sulla considerazione che la rimozione del nato, dopo 6 mesi, dalla famiglia di intenzione non può essere considerata lesiva del suo superiore interesse.

Anche la pronuncia contro l'Islanda, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*<sup>23</sup>, definita con una non violazione dell'art. 8 CEDU in relazione ad una vicenda sovrapponibile a quelle protagoniste dei casi francesi, si caratterizza per la peculiare attenzione che la Corte di

---

<sup>20</sup> Corte Edu, *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11.

<sup>21</sup> Corte Edu, *Labassée c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11.

<sup>22</sup> Corte Edu, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12.

<sup>23</sup> Corte Edu, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, 18 maggio 2021, ric. n. 71552/17.

Strasburgo riserva allo *status* del nato. In questo caso, a differenza che in *Mennesson e Labassee*, il rifiuto opposto dalle autorità nazionali di trascrivere il certificato di nascita estero non è stato ritenuto in violazione dell'art. 8 CEDU a motivo del fatto che il minore è stato posto in affidamento alla coppia di genitori intenzionali con la conseguenza che, ad avviso della Corte europea, da un lato, lo Stato ha efficacemente tutelato il superiore interesse del minore e, dall'altro, non ha posto in essere condotte suscettibili di tradursi in una illegittima interferenza nel diritto alla vita familiare della coppia ricorrente.

Non contraddice l'orientamento ormai consolidato della Corte di Strasburgo nemmeno l'altrettanto recente pronuncia contro la Polonia, *S.-H. c. Polonia*<sup>24</sup>, in cui una coppia omosessuale, dopo aver fatto ricorso alla maternità surrogata nello Stato della California negli Stati Uniti, si è vista rigettare dalle autorità nazionali la richiesta di riconoscimento della cittadinanza polacca per i propri figli. Ad avviso della Corte europea dei diritti dell'uomo, la non violazione dell'art. 8 CEDU si motiva, analogamente a quanto affermato nella pronuncia contro l'Islanda, in ragione dell'assenza di un pregiudizio sofferto dai minori per effetto dell'omesso acquisto della cittadinanza polacca, essendo già cittadini statunitensi e israeliani.

**La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è, quindi, pacifica nello scrutinare ogni vicenda collegata al ricorso alla maternità surrogata dalla prospettiva della idoneità dello Stato ad assicurare una tutela effettiva del superiore interesse del nato da tale pratica, allo scopo di evitare che sia quest'ultimo a subire le conseguenze pregiudizievoli legate violazioni di norme di legge realizzate dai genitori di intenzione.**

Accanto alla sua giurisprudenza, altrettanto importante è, poi, ricordare il primo parere rilasciato dalla Grande Camera, in attuazione del Protocollo n. 16, in relazione alle conseguenze giuridiche derivanti in capo al nato da maternità surrogata realizzata all'estero che, però, intrattenga un legame biologico almeno con uno dei componenti della coppia committente (nel caso francese, con il padre).

La Grande Camera ha risposto a due interrogativi distinti: da un lato, se l'art. 8 CEDU imponga agli Stati contraenti che vietano la maternità surrogata il riconoscimento di un legame giuridico tra il nato all'estero da surrogazione di maternità e il componente della coppia committente che non sia anche genitore biologico; dall'altro, in caso affermativo, se la Convenzione europea dei diritti dell'uomo imponga o meno che tale riconoscimento debba necessariamente passare dalla trascrizione del certificato di nascita estero oppure se lo Stato rimanga libero nella individuazione dello strumento migliore a tale fini.

A dimostrazione della già acclarata propensione a tutelare il prevalente interesse del minore e a privilegiarne la tutela nel bilanciamento con altri diritti di rilevanza convenzionale, la Grande Camera ha risposto in senso affermativo al primo quesito, precisando però che rimane tuttavia nella discrezionalità dello Stato stabilire le modalità concrete con cui garantire il riconoscimento del legame tra il nato e il genitore non biologico (nel caso considerato, la madre).

In estrema sintesi, pertanto, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si ricava senza dubbio l'esistenza di una obbligazione positiva derivante dall'art. 8 CEDU che impone agli Stati contraenti e, quindi, anche all'Italia di assicurare il prevalente

---

<sup>24</sup> Corte Edu, *S.-H. c. Polonia*, 9 dicembre 2021, ric. nn. 46846/15 56849/15.

interesse del minore anche quando nato per effetto di una pratica vietata dallo Stato nel quale il bambino è destinato a sviluppare la propria esperienza di vita.

Questo orientamento è stato ribadito anche con la più recente con la **sentenza K.K. and Othes v. Denmark, del 6 dicembre 2022**, con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sancito che il rifiuto delle autorità danesi di riconoscere come madre adottiva la madre intenzionale di due gemelli nati tramite *surrogacy* ha violato il diritto al rispetto della vita privata dei due bambini, con violazione dell'art. 8 CEDU. Nello stesso senso, si può richiamare anche la sentenza **D.B. e altri v. Svizzera**, sempre del 2022, con cui la Corte EDU ha stabilito che la Svizzera ha violato l'art. 8 CEDU e quindi il diritto alla vita privata del minore nato con ricorso alla gestazione per altri, non avendo previsto la possibilità di riconoscere il rapporto genitoriale tra il minore e il padre d'intenzione.

**Le proposte di legge qui all'esame non sembrano porsi coerentemente in linea con i principi espressi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo così come interpretati dalla Corte europea anche alla luce del citato parere rilasciato nei confronti della Francia.**

Nel disinteressarsi della condizione del minore nato all'estero da maternità surrogata e degli effetti che l'introduzione della nuova fattispecie delittuosa sarebbe suscettibile di determinare nei suoi confronti, le proposte di legge si pongono in problematico coordinamento con il sistema convenzionale e sollevano, quindi, altrettante criticità sul piano costituzionale in relazione alla loro conformità rispetto all'art. 117, comma 1, Cost.

#### 8. Cenni in prospettiva comparata

Al fine di fornire un quadro di analisi che sia il più esaustivo possibile, si ritiene ora imprescindibile volgere un rapido sguardo alla dimensione comparata.

Si intende da subito precisare come vi sia una generale reticenza da parte degli Stati a riconoscere la totale liceità della gestazione per altri.

In particolare, solo sette Paesi – Armenia, Bielorussia, Georgia, Russia, Ucraina, Sudafrica – ammettono il ricorso alla maternità surrogata per fini commerciali oltreché solidaristici, mentre undici Stati - Regno Unito, Israele, Romania, Brasile, Portogallo, Argentina, Bangladesh, Thailandia, Australia, Grecia, Canada – escludono che essa possa essere praticata se non a titolo puramente gratuito<sup>25</sup>.

A queste realtà vanno aggiunte l'esperienza statunitense, dove la disciplina in tema di surrogazione di maternità trova declinazione diversa a seconda dei singoli Stati<sup>26</sup>, e le esperienze di India e Nepal che, pur consentendo la gestazione per altri anche retribuita, vietano che essa possa essere praticata a favore di cittadini stranieri.

---

<sup>25</sup> Sul punto, di interesse è la mappa elaborata dal settimanale Internazionale nel marzo 2016. Più di recente, La mappa della maternità surrogata nel mondo: vietata, altruistica, commerciale, solo per gli etero o aperta ai gay, online su Corriere della sera, La 27ora, 24 marzo 2023.

*I paesi in cui la gestazione per altri è legale e come funziona.* Essa è reperibile al link [I paesi in cui la gestazione per altri è legale e come funziona - Internazionale](#) (consultato in data 11 gennaio 2022)

<sup>26</sup> In Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachusetts, Vermont è lecita sia la gestazione per altri sia gratuita sia retribuita; mentre in New York, New Jersey, New Mexico, Nebraska, Virginia, Oregon, Washington è consentita solo se gratuita.



Dal panorama descritto, appare chiaro come gran parte degli Stati europei ed extra-europei abbia optato per un approccio proibizionistico, vietando in maniera generalizzata il ricorso a ogni forma di surrogazione di maternità.

La tendenza ora illustrata ha nel tempo portato i cittadini degli Stati in cui la maternità surrogata è esclusa o limitata a migrare verso le – poche – mete in cui essa è consentita, alimentando il già richiamato turismo procreativo.

Nonostante il turismo procreativo costituisca di fatto strumento di elusione delle normative volte a vietare il ricorso alla gestazione per altri, tale fenomeno non è mai stato oggetto di discipline sanzionatorie specifiche da parte di Paesi.

A contrario, vi è prova di una consapevolezza circa la opportunità di limitare il divieto di maternità surrogata e le sanzioni penali ad esso connesse entro i singoli confini statali, escludendo la possibilità di sanzionare coloro i quali ricorrano alla gestazione per altri in territorio straniero.

Sul punto, interessanti spunti di riflessione emergono con riguardo all'esperienza francese, la cui normativa, similmente a quella italiana, sanziona penalmente chi favorisca il ricorso a procedure di surrogazione di maternità.

Come si è anticipato, la Francia vieta espressamente il ricorso alla gestazione per altri con la legge n. 94-653/1994, statuendo la nullità di ogni accordo finalizzato al suo compimento<sup>27</sup> nonché la contrarietà della stessa all'ordine pubblico<sup>28</sup>, prevedendo inoltre una sanzione penale per coloro i quali la favoriscano<sup>29</sup>.

Con riguardo alle sanzioni penali connesse alla surrogazione di maternità, il *Tribunal de Grande Instance* francese si è espresso circa l'impossibilità di estendere l'applicabilità degli stessi oltre i confini statali, rigettando le accuse di violazione dell'ordine pubblico<sup>30</sup> rivolte ad una coppia recatasi in California per usufruire della gestazione per altri, nella sentenza del 30 settembre 2004, dove viene riaffermato il principio dell'applicabilità della legge penale francese ai reati compiuti in territorio francese, secondo l'art. 113-6 c.p.<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Art. 16-7 della legge n. 94-653 del 1994.

<sup>28</sup> Art. 16-9 della legge n. 94-653 del 1994.

<sup>29</sup> L'art. 4 della legge n. 94-653 del 1994 interviene a modifica dell'art. 227-12 c.p., disponendo l'introduzione del seguente periodo: "*est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double*" e "*La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines.*"

<sup>30</sup> Sulla maternità surrogata quale problematica di ordine pubblico, nonché sulla portata della sentenza TGI del 30 settembre 2004, offre interessanti spunti M. X. Catto, *La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?*, in, *Revue des droits de l'homme* n. 3/2013.

<sup>31</sup> L'art. 113-6 c.p. dispone: *la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis. Elle est applicable aux infractions aux dispositions du règlement (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, commises dans un autre Etat membre de l'Union européenne et constatées en France, sous réserve des dispositions de l'article 692 du code de procédure pénale ou de la justification d'une sanction administrative qui a été exécutée ou ne peut plus être mise à exécution. Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé.*

L'esperienza francese, seppur isolata, mostra chiaramente come la volontà degli Stati di contrastare la maternità surrogata entro i propri confini non si accompagni a un pari desiderio di escludere che i propri cittadini vi facciano ricorso altrove.

Ciò è chiaro se si guarda al fatto che, al di là della sanzione penale, non vi è notizia di iniziative intraprese dai singoli Stati volte ad evitare fenomeni elusivi del divieto di surrogazione di maternità quali quelle scaturenti dal c.d. turismo procreativo.

*9. La recente sentenza delle SS.UU. e il problema della trascrivibilità degli atti di nascita e dei provvedimenti stranieri*

**Già nel 2019, con la sentenza n. 12193, le Sezioni Unite avevano giudicato contrario all'ordine pubblico internazionale il provvedimento che riconosce il rapporto filiale con il genitore intenzionale del bambino nato da maternità surrogata.** In quell'occasione, la Suprema Corte aveva anche riconosciuto che l'ordinamento italiano conosce lo strumento dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, al fine di inquadrare giuridicamente il rapporto affettivo e sociale sussistente tra il minore e il genitore intenzionale, nel solco di quanto già esplicitamente richiamato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 272 del 2017.

Come in parte già anticipato, il quadro giurisprudenziale definito da questa prima decisione è stato arricchito dalla **sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale**, la quale ha riconosciuto che *“il possibile ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), [...] costituisce una forma di tutela degli interessi del minore **certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali**”.*

In altre parole, il Giudice delle leggi ha riconosciuto alcune criticità nell'attuale disciplina dell'adozione in casi particolari, affermando che il 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 – spetta, in prima battuta, al legislatore rappresentativo, al quale, solo, deve essere riconosciuto il potere di intervento per individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco.

Proprio il tema della effettività della tutela assicurata dall'adozione in casi particolari è stato posto dalla prima sezione **al centro dell'ordinanza – la n. 1842 del 21 gennaio 2022 – con cui sono stati rimessi gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite**; il Collegio rimettente ha fatto soprattutto leva sull'argomento per cui la sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale – che, come visto, ha accertato in sostanza l'inidoneità del ricorso all'adozione in casi particolari – abbia determinato il superamento del diritto vivente rappresentato dalla citata decisione del 2019 delle SS.UU., generando di conseguenza una sorta di “vuoto normativo”, che spetterebbe proprio alla Suprema Corte riempire attraverso la valorizzazione del principio del *best interest of the child*. Secondo l'ordinanza di remissione, peraltro, la delibazione del provvedimento giurisdizionale straniero consentirebbe l'ingresso, nel nostro ordinamento, non dell'accordo di maternità surrogata, ma

dell'atto di assunzione di responsabilità genitoriale da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto, prestando il suo consenso, nella decisione del partner di ricorrere alla tecnica di procreazione medicalmente assistita in questione. La sezione rimettente ha quindi sollecitato la definizione di un nuovo punto di equilibrio tra la contrarietà all'ordine pubblico internazionale del recepimento nel nostro ordinamento degli accordi di maternità surrogata e la tutela dei diritti fondamentali del minore affermati dalle Corti europee, in armonia con la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Questa la risposta della Suprema Corte con sentenza del 30 dicembre 2022 n. 38162: **“poiché 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, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della lex loci. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera d), della legge n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello status di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita”.**

**Nella soluzione patrocinata dal Supremo Collegio, ci sono alcuni aspetti o snodi argomentativi che non convincono fino in fondo**, i quali sicuramente meriterebbero un approfondimento che in questa sede non è possibile assicurare, ma che possono essere solo sinteticamente richiamati.

Si può osservare che, tra le pieghe della motivazione, traspare, anche attraverso precise scelte lessicali dei Giudici di legittimità, una particolare concezione della dignità della donna, forse non del tutto condivisibile: come già detto, nella sentenza delle SS.UU. si legge che *“indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale. Nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta”.* **La sentenza, dunque, finisce per considerare allo stesso modo pratiche e situazioni estremamente diverse tra loro, riservando a tutte queste il medesimo giudizio di profonda riprovazione, facendo leva, appunto, su una concezione oggettivistica della dignità della donna.** Riecheggiano, in questa prospettiva, le parole che la Corte costituzionale ha proposto, in occasione della sentenza n. 141 del 2019, sul tema del favoreggiamento alla prostituzione: “la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e

decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico – risultando, perciò, non agevolmente traducibile sul piano normativo in formule astratte – e, correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale, tramite un accertamento ex post affidato alla giurisdizione penale”; pronuncia con cui la Corte costituzionale ha anche sottolineato le *“preoccupazioni di tutela delle stesse persone che si prostituiscono – in ipotesi – per effetto di una scelta (almeno inizialmente) libera e consapevole. Ciò in considerazione dei pericoli cui esse si espongono nell’esercizio della loro attività: pericoli connessi al loro ingresso in un circuito dal quale sarà poi difficile uscire volontariamente, stante la facilità con la quale possono divenire oggetto di indebite pressioni e ricatti, nonché ai rischi per l’integrità fisica e la salute, cui esse inevitabilmente vanno incontro nel momento in cui si trovano isolate a contatto con il cliente (pericoli di violenza fisica, di coazioni a subire atti sessuali indesiderati, di contagio conseguente a rapporti sessuali non protetti e via dicendo)”*.

In questo caso, le SS.UU. motivano in modo puntuale i vari passi del proprio ragionamento, peraltro senza ignorare l’esistenza di una giurisprudenza – come quella patrocinata dal *Bundesgerichtshof*<sup>32</sup>– che, nei casi di gestazione per altri, assegna rilievo dirimente alla circostanza che il vincolo di filiazione di cui si chiede il riconoscimento risulti fondato su un provvedimento giurisdizionale, e dunque su un atto idoneo, per sua natura, a fornire un’adeguata attestazione della conformità della vicenda procreativa alle regole e alle procedure del diritto straniero. Giurisprudenza per la quale una lesione della dignità della gestante è ravvisata unicamente qualora emergano fattori che “lascino dubitare della sua libera partecipazione alla surrogazione, o là dove risultino oscure circostanze essenziali come i dati personali della donna, le condizioni del suo impegno o l’esistenza stessa di un accordo, o, ancora, quando nel procedimento giudiziale straniero non siano osservate le fondamentali garanzie procedurali, senza che rilevi, invece, l’avvenuto pagamento di un corrispettivo, non integrando l’attribuzione economica un elemento di costrizione di volontà della gestante” . Decidendo di trattare allo stesso modo tutte queste ipotesi e precludendo in qualunque caso la trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, le SS.UU. evitano però di considerare il fatto che, proprio sotto il profilo della dignità e della possibilità di riconoscere l’autodeterminazione della donna, gli elementi richiamati da tali decisioni del *Bundesgerichtshof* assumono un rilievo decisivo. Così ragionando, invero, la recente pronuncia della Cassazione sembra teorizzare l’esistenza di un automatismo tra la condizione di vulnerabilità, cui sarebbe necessariamente relegata la donna che voglia impegnarsi in una gravidanza per conto di altri, da una parte, e la radicale incapacità della stessa di autodeterminarsi, dall’altra. **Una conclusione, però, che non è del tutto priva di conseguenze sulla sfera del minore, vale a dire del soggetto più esposto al rischio di subire pregiudizi nelle sue legittime aspettative di tutela.**

Ancora, forse eccessivamente sbrigativo è il passaggio in cui le SS.UU. esauriscono la trattazione di uno di quei profili di criticità dell’adozione in casi particolari che la Corte costituzionale – con la sentenza n. 33 del 2021 – aveva messo in evidenza, e cioè **la circostanza per cui l’iniziativa ai fini della costituzione dello status non compete mai**

---

<sup>32</sup> Cfr. *Bundesgerichtshof*, sentenza del 10 dicembre 2014, con nota di R. De Felice, *Maternità surrogata e ordine pubblico internazionale: Germania e Italia a confronto*, 3 febbraio 2015, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); e sentenza del 5 settembre 2018, con commento di A. Schuster, *La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA*, in [Articolo29.it](http://Articolo29.it), 23 marzo 2019.

**all'adottando.** Se da una parte, la pronuncia giustamente osserva che qualora il partecipante al progetto procreativo, che non abbia legami genetici con il minore, cambi idea e non voglia più instaurare alcun rapporto giuridico con il nato, il minore non ha alcun diritto alla costituzione, attraverso l'adozione, di un rapporto con il genitore d'intenzione privo di legame genetico; dall'altra, le SS.UU. si limitano ad osservare, come già detto, che *“l'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale già accertata all'estero non realizza la pienezza di tutela del minore, che richiede invece una particolare conformazione, con i caratteri della effettività e della stabilità, impressa dalla concomitante e acclarata situazione di fatto”*.

A questo rilievo, se ne aggiunge un altro che riguarda la **problematicità delle modalità e, soprattutto, delle tempistiche con cui assicurare tale legame:** nella sentenza in commento, viene ricordato che, dall'insieme delle pronunce adottate dalla Corte di Strasburgo, a fronte peraltro, di un panorama comparato in cui gli Stati parte offrono riposte differenziate rispetto alla pratica della maternità surrogata, si ricava che ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento in materia. Nondimeno, la stessa Corte EDU – ad esempio, nel caso *D. contro Francia, sentenza 16 luglio 2020* – ritiene comunque necessario che ciascuno Stato garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il genitore d'intenzione, al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati. Su questo punto, **le SS.UU. affermano che l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) assicura un riconoscimento sufficientemente celere; si tratta, però, di un aspetto da approfondire con attenzione alla luce delle reali tempistiche**<sup>33</sup>.

#### 10. Considerazioni conclusive

In conclusione, può essere utile appuntare l'attenzione sulle principali criticità che si scorgono in relazione ai progetti di legge all'esame della Commissione.

Un primo aspetto riguarda il carattere non strettamente necessario della punibilità della condotta commessa all'estero dai genitori c.d. di intenzioni, trattandosi, come premesso, di pratica già assistita da apposita sanzione penale entro l'ordinamento giuridico nazionale.

Parallelamente, la nuova fattispecie incriminatrice si dimostra difficilmente inquadrabile entro l'ambito applicativo dell'art. 9 c.p., in tema di punibilità di fattispecie di reato commesse all'estero dal cittadino italiano, che si riferisce primariamente – anche se non esclusivamente – a fattispecie delittuose di tipo diverso e sanzionate con pene significativamente più severe, rispetto al c.d. “reato di maternità surrogata”.

Analogamente, si dimostra problematica l'opzione legislativa volta ad introdurre nell'ordinamento giuridico nazionale un criterio di extra-territorialità, che pare tanto più rischioso in presenza di soluzioni normative eterogenee, a livello europeo ed extraeuropeo, che potrebbero a loro volta tradursi in rapporti conflittuali in particolare con quegli altri ordinamenti giuridici che riconoscono come legittimo il ricorso alla surrogazione di maternità.

---

<sup>33</sup> Rispetto, invece, all'ulteriore criticità della mancata costituzione di legami di parentela nell'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), è intervenuta la Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 79 del 2022.

Il ricorso allo strumento penale appare, poi, difficilmente conciliabile con il principio del diritto penale come *extrema ratio*, assumendo l'intervento legislativo proposto le sembianze di ricorso meramente simbolico al diritto penale, sprovvisto di reale effettività sul piano della prevenzione e della repressione del fenomeno del c.d. turismo procreativo.

Sotto il profilo delle conseguenze sul nato da maternità surrogata all'estero, i progetti di legge sembrano curare poco l'orientamento giurisprudenziale, sia costituzionale sia della Corte europea dei diritti dell'uomo, concorde nell'assegnare prevalenza al superiore interesse del minore e nel sottolineare la doverosità della ricerca di soluzioni normative capaci di temperare le conseguenze negative sul bambino derivanti dalla condotta illecita dei genitori.

Più opportuna, allora, data la dimensione globale del fenomeno, sarebbe piuttosto l'adozione di *policies* comuni di livello sovranazionale. Non meno importante, è considerare che le proposte di legge, nell'estendere la punibilità della maternità surrogata praticata all'estero a prescindere dalle soluzioni normative accolte dagli altri ordinamenti giuridici, si disinteressano del criterio della c.d. doppia incriminazione che, viceversa, dovrebbe orientare le scelte punitive dello Stato limitando l'operatività del principio della extraterritorialità alle sole condotte che costituiscano reato anche secondo la *lex loci*.

Inoltre, e come già messo in evidenza, le proposte di legge paiono viziate da irragionevolezza, essendo del tutto incoerenti gli strumenti da queste apprestati – la estensione della punibilità al delitto commesso all'estero – rispetto alla finalità di contenere il fenomeno della maternità surrogata e di tutelare gli interessi del minore di fronte al c.d. “commercio di bambini” legato alla pratica in esame.

Su un versante diverso e più generale, è utile, sia pur sinteticamente, richiamare il quadro politico-istituzionale conseguente all'adozione, da parte della Suprema Corte, della sentenza del 30 dicembre 2022 n. 38162 di cui si è detto: è probabilmente noto che, al fine di dare esecuzione a questa importante e controversa pronuncia, il Ministero dell'Interno ha inviato il 19 gennaio 2023 ai Prefetti – con preghiera di fare analoga comunicazione ai Sindaci – **una circolare volta ad ottenere una “puntuale ed uniforme osservanza degli indirizzi giurisprudenziali espressi dalle Sezioni Unite negli adempimenti dei competenti uffici”**, cui però hanno fatto seguito reazioni contrastanti a livello locale, dal momento che alcuni Sindaci si sono mossi in una direzione diversa da quella indicata a livello ministeriale. In data 30 marzo 2023, da parte sua, il Parlamento europeo, nell'adottare la relazione sullo “Stato di diritto 2022 - La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea (2022/2898(RSP))”, ha fatto espresso e diretto riferimento, al punto 10 della “Valutazione generale della relazione”, alla situazione recentemente generatasi in Italia: l'istituzione europea, in particolare “*condanna le istruzioni impartite dal governo italiano al comune di Milano di non registrare più i figli di coppie omogenitoriali; ritiene che questa decisione porterà inevitabilmente alla discriminazione non solo dalle coppie dello stesso sesso, ma anche e soprattutto dei loro figli; ritiene che tale azione costituisca una violazione diretta dei diritti dei minori, quali elencati nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989*”. In aggiunta, va ricordato che l'Italia ha deciso di non dar seguito alla proposta di Regolamento del Consiglio “relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione”, del 7 dicembre 2022.

**La vicenda che è, ovviamente, assai complessa e densa di implicazioni, anche dal punto di vista istituzionale, interessa in questa sede per ribadire l'urgenza di un intervento da parte del legislatore, che sappia però assicurare, con uno standard di certezza ed effettività più alto, la protezione degli interessi del minore coinvolto nelle pratiche di maternità surrogata.** Da questo punto di vista, non pare, guardando anche al contenuto delle proposte nuovamente portate all'attenzione della Commissione, che l'estensione dello strumento penale – nel senso di ampliare il perimetro dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, anche alle condotte poste in essere all'estero – rappresenti una scelta ottimale: e ciò **non solo per la protezione della dignità della donna, ma, soprattutto, per quanto già si è detto, per la garanzia della posizione del minore.**