



Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale 2

**Profili penalistici della surrogazione di maternità,
anche alla luce di recenti proposte di modifica
normativa**

Chiar.mo Prof.re Enrico Gallucci

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Maria Novella Masullo

CORRELATORE

Giovanna Sciaudone
Matr. 160643

CANDIDATO

Anno Accademico 2023/2024

INDICE

Introduzione	5
--------------	---

CAPITOLO 1

IL FENOMENO DELLA MATERNITA' SURROGATA E LE SUE IMPLICAZIONI GIURIDICHE E SOCIALI NELLA DUPLICE PROSPETTIVA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

1. L'impatto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sull'evoluzione del concetto di famiglia	8
1.1. La maternità surrogata in Italia: la legge 19 febbraio 2004, n. 40	12
1.2. Il "Far West" legale prima del divieto	18
2. Le ragioni alla base del divieto di maternità surrogata in Italia	22
2.1. Il mosaico delle figure genitoriali	28
3. Il fenomeno del cosiddetto turismo procreativo: analisi della regolamentazione nel contesto italiano	32
3.1. Il riconoscimento giuridico dei bambini nati da maternità surrogata all'estero	35
3.2. La trascrizione dell'atto di nascita straniero e la questione della sua compatibilità con l'ordine pubblico	40
3.3. Il ruolo del superiore interesse del minore	45
4. Il contesto europeo: l'impatto della giurisprudenza della Corte EDU	49
4.1. La proposta di un certificato europeo di filiazione	54
5. "Outside Italy": uno sguardo d'insieme al panorama sovranazionale	56

CAPITOLO 2

SURROGAZIONE DI MATERNITA': UN NUOVO REATO UNIVERSALE?

1. L'ambito di validità spaziale della legge penale: una necessaria premessa per contestualizzare il dibattito sulla maternità surrogata	62
1.1. Oltre la territorialità, verso l'universalità	64
1.1.1 I reati commessi all'estero punibili incondizionatamente dalla legge penale italiana	65

1.1.2	I reati commessi all'estero punibili dalla legge penale italiana solo in presenza di alcune condizioni	66
2.	Il principio di universalità: un'arma nella lotta contro i crimini internazionali	69
2.1.	Il ruolo della Corte penale internazionale	71
2.2.	Il percorso incerto dell'Italia verso l'adeguamento allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale	77
3.	La prospettiva di un'applicazione della legge penale italiana in relazione ai casi di maternità surrogata realizzata all'estero alla stregua del principio di universalità	79
3.1.	Le proposte di legge sull'estensione del divieto sancito dall'art. 12, comma 6 della legge 40 del 2004 e i nodi irrisolti in punto di tipicità della fattispecie	83
3.1.1.	Sul tavolo del Senato	89
4.	La complessa questione della punizione per atti legalmente compiuti all'estero	93
4.1.	Tra principio universalistico e principio di personalità attiva	95
4.2.	Il confine tra sanzione penale efficace e simbolica	96
5.	Una possibile riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita: le proposte formulate dal gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica	98
5.1.	Il reato di dissociazione della maternità	99
5.2.	La contrattazione per fini procreativi	102
5.3.	La surrogazione di maternità fuori dal diritto penale	103
5.4.	Le sfide per una riforma più completa	104

CAPITOLO 3

ALTRE POSSIBILI SOLUZIONI NORMATIVE SULLA MATERNITA' SURROGATA, ANCHE ALLA LUCE DI UNA COMPARAZIONE TRA DIVERSI ORDINAMENTI GIURIDICI

1.	L'interazione tra legge e giurisprudenza nella regolamentazione della procreazione assistita	111
----	--	-----

2. Un'eventuale prospettiva più permissiva nel contesto italiano in base ad un'analisi etica	115
2.1. La maternità surrogata e la donazione di organi a confronto: analogie e discrepanze	117
2.2. L'autodeterminazione femminile tra maternità, autonomia e libertà	119
2.3. Il diritto alla genitorialità e le sue implicazioni per i genitori e i figli	123
3. Alla ricerca di una normativa più "equilibrata"	128
3.1. Una proposta di legge italiana per disciplinare la "gravidenza solidale e altruistica"	132
4. Una panoramica comparativa della maternità surrogata in diversi sistemi legali	137
4.1. I Paesi con approcci restrittivi	137
4.2. I Paesi ampiamente permissivi	142
4.3. I Paesi che ammettono solo la maternità surrogata altruistica	144
5. Un nuovo paradigma nella maternità surrogata	150
5.1. Una proposta di revisione per una più chiara definizione del perimetro di tipicità del reato di surrogazione di maternità	152
Conclusioni	156
Bibliografia	161

INTRODUZIONE

Il fenomeno della maternità surrogata risulta essere particolarmente complesso e dibattuto all'interno del panorama giuridico e sociale contemporaneo, suscitando interrogativi etici, legali e morali. In quest'ottica, il presente elaborato si propone di esplorare le molteplici sfaccettature di tale pratica, analizzandone le implicazioni giuridiche e sociali sia a livello nazionale che internazionale. Sicuramente il contesto di riferimento è connotato da un costante sviluppo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, le quali hanno profondamente influenzato anche il processo evolutivo del concetto stesso di famiglia. Così, all'interno di questo scenario in continua mutazione, la maternità surrogata si staglia come un tema particolarmente controverso, soprattutto in Italia, dove è stata oggetto di specifico divieto attraverso l'art. 12, comma 6 della legge n. 40 del 19 febbraio 2004.

Il capitolo iniziale si propone di definire la pratica della maternità surrogata e di esaminare il contesto normativo che la riguarda, mettendo in luce sia le ragioni che hanno portato al suo divieto, sia le implicazioni del cosiddetto "turismo procreativo", che rappresenta il ricorso a tecniche di maternità surrogata all'estero, in Paesi dove la stessa è consentita. Inoltre, sul piano delle conseguenze, si affronta la delicata questione del riconoscimento giuridico dei bambini nati da tale pratica all'estero e la compatibilità dei certificati di nascita generati nei Paesi stranieri con l'ordinamento italiano, ponendo particolare attenzione al principio del superiore interesse del minore. Si sottolinea l'importanza di bilanciare vari interessi contrapposti, tra cui il diritto dei genitori committenti di vedere riconosciuta la propria genitorialità, il diritto del bambino di crescere in un ambiente familiare stabile e amorevole e, d'altra parte, la volontà dell'ordinamento di continuare a considerare la pratica vietata e, quindi, illegale. Una possibile soluzione, esaminata nel contesto italiano alla luce di alcune pronunce giurisprudenziali, potrebbe comportare il riconoscimento legale dei genitori intenzionali attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, un istituto che necessiterebbe tuttavia di adattamenti per una migliore applicazione al caso di specie. Le soluzioni prospettate vengono ricercate anche alla luce della normativa e della giurisprudenza sovranazionale, con particolare riferimento a quelle della Corte Europea dei Diritti Umani. Infine, si giunge alla conclusione che un'armonizzazione a

livello internazionale, o quanto meno comunitario, della pratica potrebbe consentire una miglior gestione delle problematiche che vengono dalla stessa generate, favorendo una maggiore chiarezza normativa e una maggiore tutela dei diritti dei bambini nati da maternità surrogata e delle parti coinvolte nel processo.

Il secondo capitolo - traendo spunto dalle recenti proposte legislative di elevare la surrogazione di maternità a reato universale - prende le mosse dall'esame dell'ambito di validità spaziale della legge penale italiana, analizzando i principi ad esso collegati e soprattutto le implicazioni del principio di universalità nel contesto dei reati transnazionali. Viene, a tal proposito, considerato anche il ruolo delle Corti internazionali nella punizione dei crimini di ampia portata, con un approfondimento sul ruolo della Corte Penale Internazionale e sul mancato adeguamento dell'Italia allo Statuto di Roma, nonostante la proposta di un Codice dei crimini internazionali. In questo contesto, ci si interroga sulla complessa questione della punizione per atti legalmente compiuti all'estero, ponendo in risalto proprio il dibattito su un'eventuale estensione del divieto di maternità surrogata anche ai casi in cui questa venga realizzata all'estero. Di questo possibile ampliamento l'elaborato da' conto attraverso una rassegna delle proposte di legge sul tema attualmente all'esame del Senato ed una relativa analisi critica. Nell'ambito di questa indagine, l'elaborato intende altresì esaminare altre proposte di riforma come quella elaborata dai professori Roberto Bartoli e Antonio Vallini che, nell'ambito dei reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica presenti all'interno del codice penale, ha considerato la possibilità di riformare i reati in materia di procreazione medicalmente assistita, inclusa la surrogazione di maternità.

Il terzo ed ultimo capitolo sottolinea, in primo luogo, l'importanza dell'interazione tra la giurisprudenza e il legislatore, evidenziando come quest'ultimo debba considerare le modifiche promosse dai giudici, in particolare, per quello che qui interessa, riguardo alla legge 40/2004. Successivamente, si esplora la possibilità di regolamentare la maternità surrogata altruistica in Italia, osservando similitudini e differenze con la donazione di organi e mettendo in luce l'importanza dell'autodeterminazione femminile e del diritto dei genitori ad essere tali. Il capitolo esamina una proposta di legge ordinaria sviluppata da varie associazioni italiane attive sul tema, che però non ha trovato accoglimento in Parlamento. Proseguendo, il capitolo offre una

comparazione della regolamentazione della maternità surrogata in diversi Paesi, analizzando le differenti normative esistenti e le possibili evoluzioni legislative alla luce di un confronto tra approcci più permissivi e approcci più restrittivi.

La parte finale dell'elaborato mira a riflettere, in prospettiva futura, sulle alternative legislative più valide, immaginando, da un lato, una normativa che possa valorizzare il profilo altruistico della pratica di maternità surrogata ovvero considerare più attentamente tutti i profili coinvolti in concreto; dall'altro, se si optasse per la volontà di conservare il divieto, una normativa che definisca più chiaramente i confini di tipicità della fattispecie incriminatrice.

La disamina appena illustrata richiede evidentemente un approfondimento multidisciplinare, in considerazione dei vari settori del diritto che si intersecano su un tema come quello della maternità surrogata, tanto complesso quanto attuale, proponendosi di offrire un quadro chiaro dello stato dell'arte e delle prospettive future.

CAPITOLO 1
IL FENOMENO DELLA MATERNITA' SURROGATA E LE SUE
IMPLICAZIONI GIURIDICHE E SOCIALI NELLA DUPLICE
PROSPETTIVA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

SOMMARIO: 1. L'impatto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sull'evoluzione del concetto di famiglia – 1.1 La maternità surrogata in Italia: la legge 19 febbraio 2004, n. 40 – 1.2 Il “Far West” legale prima del divieto – 2. Le ragioni alla base del divieto di maternità surrogata in Italia – 2.1 Il mosaico delle figure genitoriali – 3. Il fenomeno del cosiddetto turismo procreativo: analisi della regolamentazione nel contesto italiano – 3.1 Il riconoscimento giuridico dei bambini nati da maternità surrogata all'estero – 3.2 La trascrizione dell'atto di nascita straniero e la questione della sua compatibilità con l'ordine pubblico – 3.3 Il ruolo del superiore interesse del minore – 4. Il contesto europeo: l'impatto della giurisprudenza della Corte EDU – 4.1 La proposta di un certificato europeo di filiazione – 5. “*Outside Italy*”: uno sguardo d'insieme al panorama sovranazionale

***1. L'impatto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita
sull'evoluzione del concetto di famiglia***

Ai sensi dell'art. 2 della Costituzione italiana: “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali (...)”. Tra le più importanti formazioni sociali emerge la famiglia, tradizionalmente intesa come il nucleo in cui le persone svolgono alcune tra le loro funzioni essenziali, inclusa quella procreativa. Nel corso del tempo il concetto di famiglia ha subito un'evoluzione significativa, abbandonando gradualmente gli schemi rigidi e gli stereotipi del passato per abbracciare una prospettiva più inclusiva e rispettosa dell'individualità e delle libertà personali. La società contemporanea - allontanandosi dalla visione più tradizionale di famiglia, secondo cui il matrimonio rappresentava l'istituzione centrale nella quale all'uomo spettava il ruolo di capofamiglia mentre la donna era relegata ad una posizione subordinata - ha abbracciato un approccio più progressista, con un costante impegno nel superare tali paradigmi arcaici, al fine di garantire il pieno rispetto dell'autonomia e della dignità individuale. In questa nuova concezione, la

famiglia non è più considerata come un ente sovrano e autoritario, bensì come un ambiente in cui i suoi membri possono sviluppare pienamente la propria personalità ed esprimere le proprie aspirazioni.¹ Questo nuovo quadro giuridico e culturale ha portato ad una pluralità di modelli familiari, mettendo in discussione i tradizionali ruoli e rapporti sia all'interno della coppia sia nei confronti dei figli ed influenzando altresì le idee sulla procreazione. In particolare, gli anni '70 hanno segnato una rivoluzione nel modo in cui la società concepiva la sessualità e la riproduzione. In quel contesto, si è affermato il diritto alla sessualità libera, slegata dal matrimonio e da una necessaria finalità di procreazione, si è diffuso l'uso di contraccettivi come la pillola anticoncezionale ed è stata introdotta una legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, aprendo la strada ad un cambiamento di mentalità. Si registra, infatti, un superamento del modello autoritario e rigido di famiglia in favore di una nozione più aperta e flessibile, che riconosce la diversità dei legami affettivi tra le persone. In quest'ottica evolutiva, va considerato altresì il notevole progresso scientifico che ha reso possibile il concepimento anche in situazioni più complesse che in passato sarebbero state considerate impossibili. Si fa riferimento a tal proposito al concetto di riproduzione senza sessualità, ossia alla capacità di concepire e portare avanti una gravidanza senza necessariamente coinvolgere atti sessuali tradizionali o relazioni coniugali.² La funzione procreativa diventa così una prerogativa individuale, rappresentativa di un'espressione di libertà e autonomia personale, portando addirittura ad un dibattito sul concetto di un presunto "diritto a procreare" o "diritto al figlio".³

Il desiderio di genitorialità è un fenomeno caratterizzante la nostra società, come evidenziato già dalla legge n. 194/1978 (recante "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"): "Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile (...)".

¹ BALDINI G., SOLDANO M., *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze, 2007, pagg. 3-18.

² DI MASI M., *Maternità surrogata: dal contratto allo «status»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014, pag. 616.

³ VITALE A.R., *Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata*, in *Medicina e Morale*, 2016, sezione giuridica, pag. 173.

La libertà in questione o, se si vuole, il diritto può essere limitato da diverse circostanze, tra cui problematiche riproduttive come la sterilità o l'infertilità ovvero, come nel caso di coppie omosessuali, famiglie che non rispecchiano il modello riproduttivo naturale. Queste situazioni possono rappresentare serie difficoltà, se non vere e proprie impossibilità, nel concepire un bambino, costellando il percorso verso la genitorialità di ostacoli che possono avere conseguenze profonde sul benessere emotivo, psicologico e sociale. È in presenza di tali condizioni che il diritto alla procreazione diventa un tema giuridico, quando va oltre i processi naturali e diventa una scelta deliberata, resa possibile dall'intervento tecnologico. Quando la tecnologia permette la concezione di un bambino dove la natura non lo consentirebbe spontaneamente, sorge la richiesta di un diritto a procreare attraverso mezzi artificiali. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) diventano fondamentali, poiché offrono agli individui la possibilità di superare i sopraenunciati limiti e realizzare il loro desiderio di genitorialità in modi precedentemente impensabili. Le tecniche di PMA sono procedure mediche che consentono il concepimento di un essere umano senza la necessità di una unione fisica tra un uomo e una donna operando all'interno o all'esterno del corpo di una donna e con gameti provenienti dalla stessa coppia che si sottopone alle tecniche oppure da donatori esterni.⁴ La possibilità di accedervi rappresenta un passo significativo verso una società più inclusiva e rispettosa delle diverse sfaccettature della vita familiare, consentendo a ogni individuo di perseguire il proprio percorso verso la realizzazione personale e la felicità familiare,

⁴ Negli ultimi decenni, i progressi della tecnologia medica hanno permesso lo sviluppo di diverse tecniche di PMA che possono essere raggruppate in tre categorie principali, o livelli di intervento. Il primo livello comprende le tecniche che coinvolgono il concepimento "in vivo", cioè all'interno del corpo della donna ed includono le stimolazioni ovariche e le inseminazioni. Il secondo livello comprende le tecniche che richiedono il prelievo chirurgico di ovociti ed includono la fecondazione in vitro con trasferimento embrionale (FIVET), trasferimento intratubarico di gameti, l'iniezione intracitoplasmatica di spermatozoi, ma anche la crioconservazione di ovociti ed embrioni e le donazioni di gameti. Infine, il terzo ed ultimo livello comprende le tecniche che implicano il prelievo chirurgico di spermatozoi o la diagnosi genetica preimpianto. Ogni tecnica presenta caratteristiche uniche e specifiche, che mirano a superare diverse sfide legate alla fertilità umana: per esempio la fecondazione in vitro (FIV) è una delle tecniche di PMA più conosciute e utilizzate, coinvolge la fecondazione degli ovociti con gli spermatozoi al di fuori del corpo materno, in un ambiente controllato in laboratorio e gli embrioni risultanti vengono poi trapiantati nell'utero della donna per consentire la gravidanza. La fecondazione in vitro con trasferimento embrionale (FIVET) è un tipo specifico di FIV in cui gli embrioni, dopo essere stati creati in vitro e coltivati, vengono immediatamente impiantati nell'utero della donna, quindi manca un periodo di coltivazione degli embrioni in vitro prima del trasferimento nell'utero.

indipendentemente dalla conformità ai modelli tradizionali. La pratica della PMA ha avuto origine nel Regno Unito nel 1978 con la nascita della prima bambina concepita attraverso la fecondazione in vitro, Louis Brown. Durante gli stessi anni, altri ricercatori in Australia e negli Stati Uniti hanno ottenuto successo con la nascita di ulteriori bambini concepiti “in provetta” e successivamente con l’utilizzo della stimolazione ovarica i risultati della fecondazione in vitro sono ancora migliorati, consentendo il prelievo di un gran numero di ovociti e la creazione di molti embrioni. Tuttavia, il trasferimento di numerosi embrioni nell’utero comportava seri rischi di gravidanze multiple, il che può essere associato a complicazioni per la salute della madre e dei bambini. Pertanto, per evitare tali rischi, è stata sviluppata la tecnica del congelamento degli embrioni umani, con la quale sono nati i primi bambini intorno al 1984.⁵

Nella scelta della tecnica di PMA più adatta è fondamentale che i medici valutino attentamente la situazione di ogni paziente, considerando l’età, la salute riproduttiva, la causa dell’infertilità, dato che solo attraverso una diagnosi approfondita e una valutazione delle esigenze è possibile consigliare il trattamento che possa massimizzare le possibilità di successo. Oltre agli aspetti medici, è altrettanto importante considerare il contesto legale perché le normative possono avere un impatto significativo regolando i criteri di ammissibilità e stabilendo linee guida. Le leggi possono variare significativamente da Paese a Paese: a tal proposito alcuni Paesi hanno leggi molto restrittive in materia di fecondazione assistita, delineando chiaramente quali procedure sono consentite e quali no, mentre altri Paesi adottano normative più liberali, permettendo una più ampia gamma di opzioni. Alcuni hanno politiche molto aperte che consentono l’accesso a tutti coloro che ne hanno bisogno, indipendentemente dalla loro situazione familiare o dal loro orientamento sessuale, altri hanno politiche più rigide che limitano l’accesso solo a determinati gruppi di persone o che richiedano requisiti molto specifici.

⁵ VESTO A., *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, pag. 19.

1.1 La maternità surrogata in Italia: la legge 19 febbraio 2004, n. 40

In Italia la regolamentazione della procreazione medicalmente assistita è stata affidata alla legge 40 del 2004, una legge restrittiva con politiche rigide, che ha generato critiche e dibattiti da parte di vari ambienti della società italiana: infatti alcuni ritengono che le restrizioni imposte dalla legge limitino l'autonomia riproduttiva delle persone e ostacolano l'accesso alle tecniche di PMA per coloro che potrebbero beneficiarne in altri Paesi; al contrario, altri sostengono che la legge sia stata necessaria per garantire il rispetto dei valori etici e della dignità umana nel contesto in questione.⁶ Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo nei casi in cui non sussistano altre opzioni terapeutiche efficaci per eliminare le cause impeditive della procreazione, con l'obiettivo di adottare un approccio graduale che miri ad evitare il ricorso a pratiche con un impatto tecnico e psicologico più gravoso per coloro che ne sono destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività.⁷ Emblematico del rigore che caratterizza la legge è l'art. 6, che sottolinea la possibilità per le coppie di considerare l'adozione o l'affidamento come alternative valide nel caso in cui l'uso delle tecniche di procreazione assistita non sia possibile, riflettendo l'orientamento del legislatore e il suo sostegno all'istituto dell'adozione come unica alternativa disponibile alle tecniche di procreazione consentite. La legge esprime chiaramente l'intenzione del legislatore di considerare le tecniche di PMA come uno strumento terapeutico volto a favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità umana. Va notato, infatti, che l'accesso alle pratiche in questione è riservato alle coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in cui entrambi sono in età potenzialmente fertile ma affetti da problemi riproduttivi. Solo dal 2015, grazie ad una decisione della Corte Costituzionale, possono accedere a queste tecniche anche le coppie fertili affette da malattie genetiche ereditarie, che rispondono a criteri di gravità specificamente indicati.⁸ Ma un requisito

⁶ BALDINI G., SOLDANO M., *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze, 2007, pagg. 3-18.

⁷ STEFANELLI S., *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021, pag. 3.

⁸ Nel caso *Costa e Pavan c. Italia*, nel 2012 la Corte EDU si era espressa sulla legge n. 40 del 2004, dichiarando che la stessa violava l'articolo 8 della CEDU perché, vietando la PMA e la diagnosi preimpianto alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, la legge andava a ledere il loro diritto alla vita privata e familiare, in particolare il diritto di avere la possibilità di concepire un figlio non affetto

per l'accesso continua ad essere il sesso diverso dei componenti della coppia così tenendo distinta l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale e l'infertilità della coppia eterosessuale.⁹ A tal riguardo la Corte Costituzionale ha specificato che non si tratta di una forma di discriminazione basata sull'orientamento sessuale, bensì di una scelta volta a riconoscere a queste tecniche una finalità esclusivamente terapeutica.¹⁰ Nonostante alcune modifiche che si sono susseguite negli anni, la legge continua a privilegiare un modello specifico di famiglia, ossia quello eterosessuale nucleare, escludendo di fatto le coppie omosessuali e non riconoscendo pienamente la diversità delle formazioni familiari moderne.¹¹

Infine, la volontà di entrambi i soggetti di avvalersi delle tecniche di PMA deve essere espressa per iscritto, sottoscrivendo un consenso informato in congiunzione con il medico responsabile della struttura adibita allo svolgimento della pratica. Il consenso informato al trattamento gioca un ruolo centrale perché la coppia deve essere completamente informata su tutti gli aspetti relativi alle diverse tecniche disponibili e sulle loro implicazioni nella vita di entrambi, includendo aspetti clinici, giuridici, bioetici che possono influenzare profondamente la decisione della coppia. D'altro canto, è essenziale che tali decisioni non vengano delegate a terze parti rispetto alla coppia interessata, poiché solo loro possono valutare appieno le loro esigenze, tenuto conto dei loro valori e desideri. In altre parole, il consenso informato assicura che la coppia sia pienamente consapevole delle implicazioni del trattamento e possa prendere decisioni informate e autonome riguardo al proprio percorso riproduttivo, rappresentando una "responsabilità procreativa" nei confronti del nascituro.

La normativa vigente, inoltre, proibisce esplicitamente diverse pratiche, tra cui la fecondazione eterologa: ossia quel procedimento che – a differenza dell'ipotesi

dalla malattia di cui sono portatori sani i genitori. La Corte non interpretò la richiesta dei ricorrenti come un diritto ad avere un figlio sano, ma piuttosto come il diritto di accedere alle tecniche di procreazione assistita e alla diagnosi preimpianto per evitare che il figlio nascesse con la stessa malattia genetica dei genitori.

⁹ CALDIRONI M., *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.2, 2022, pag 319.

¹⁰ Corte cost., sent. 23 ottobre, 2019, n. 221.

¹¹ GUERZONI C., MOTTERLE T., *Sul corpo delle surrogate. Analisi del discorso pubblico italiano sulla gestazione per altri*, in *gender/sexuality/italy*, "Themed section", 2018.

omologa in cui vengono utilizzati i gameti della coppia richiedente - comporta l'uso di gameti provenienti da donatori esterni. Invero, occorre precisare che a seguito della sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale, è stato consentito l'accesso alla fecondazione eterologa nel caso di diagnosi di patologie che provocano sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, che rendono impossibile ricorrere alla fecondazione omologa.¹²

La declaratoria di illegittimità costituzionale parziale del divieto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4, comma 3 del testo normativo, non ha contribuito in alcun modo ad aprire la strada all'adozione della pratica della cosiddetta "maternità surrogata", che continua ad essere vietata nel nostro ordinamento, poiché considerata contraria a principi fondamentali e causa di questioni etiche e morali complesse. Nel contesto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita e diversamente dalle

¹² La sentenza 162/2014 Corte cost. ha riguardato tre ricorsi sullo stesso tema: garantire l'impiego della tecnica di fecondazione eterologa a soggetti caratterizzati da infertilità assoluta. I rimettenti deducevano il contrasto degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1 della legge 40/2004 con gli artt. 2, 29 e 31 Cost., poiché violerebbero il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare ed il diritto di autodeterminazione delle coppie colpite da sterilità o infertilità irreversibile. Le norme in esame violerebbero anche gli artt. 3 e 31 Cost., dato che i principi di non discriminazione e ragionevolezza rendono ammissibile la fissazione di determinati limiti ai diritti, ma vietano di stabilire una diversità di trattamento di situazioni identiche o omologhe, in difetto di ragionevoli giustificazioni. Il divieto in esame realizzerebbe, invece, un diverso trattamento delle coppie aventi problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità a seconda della loro possibilità o meno di accedere alle pratiche fecondative di tipo omologo, nonostante la sostanziale eguaglianza delle situazioni dovrebbe comportare l'eguale possibilità di ricorrere alla PMA. Le norme censurate violerebbero, inoltre, gli artt. 3 e 32 Cost., poiché il divieto dalle stesse posto «rischia di non tutelare l'integrità fisica e psichica delle coppie in cui uno dei due componenti non presenta gameti idonei a concepire un embrione». Il citato art. 4, comma 3, sarebbe viziato, in primo luogo, da irrazionalità «interna», a causa dell'incoerenza tra mezzi e fini, determinata dal difetto di ogni ragionevole giustificazione del divieto in esame, che preclude il conseguimento dello scopo dichiarato dalla legge n. 40 del 2004. In secondo luogo, da irragionevolezza «esterna», poiché nel nostro ordinamento vi è un istituto, quale l'adozione, che prevede la possibilità di una discrasia tra genitorialità genetica e legittima, mentre la fecondazione eterologa garantirebbe meglio l'identità biologica, che verrebbe a mancare soltanto per uno dei genitori. Sotto un ulteriore profilo, la disciplina in esame discriminerebbe le coppie in base alla situazione patrimoniale. Quelle abbienti possono, infatti, praticare la fecondazione eterologa all'estero, ricorrendo ad una sorta di "turismo procreativo" che vanificherebbe il divieto censurato, nel quadro di una regolamentazione viziata da incoerenza, poiché, da un canto, stabilisce il divieto di tale tecnica terapeutica, dall'altro, prevede la non punibilità di coloro che vi fanno ricorso e disciplina compiutamente la situazione del nato. Il divieto in esame non costituisce, peraltro, il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico proprio dal censurato art. 4, comma 3. Anteriormente, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, "lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi". Il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento, non giustificabile neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo.

altre, la maternità surrogata non costituisce una tecnica procreativa in sé, ma si compone di due segmenti complementari: il primo coinvolge l'induzione della gravidanza attraverso procedure di PMA, mentre il secondo implica un impegno vincolante da parte della madre surrogata di portare avanti la gravidanza e consegnare il bambino alla coppia committente, in forza di un accordo che viene concluso prima dell'inizio della gestazione.¹³ In questo caso una donna, c.d. "madre surrogata", porta avanti una gravidanza per conto di terzi, i c.d. "committenti" o "genitori d'intenzione", gratuitamente o in cambio di compenso. La madre surrogata ospita nel proprio ventre l'embrione di una coppia che, per varie ragioni, non sono in grado di avere un figlio naturalmente.¹⁴ Rinunciando a qualsiasi diritto genitoriale sul nascituro, la custodia e la responsabilità del neonato sono immediatamente trasferite ai genitori intenzionali.¹⁵ Il caso che ha catturato per la prima volta l'attenzione dell'opinione pubblica e dei giuristi in questo campo è stato quello statunitense che la stampa ha indicato come "il caso di Baby M.": la storia coinvolgeva due coniugi che, tramite un centro per la fertilità, si erano accordati con una donna disposta ad essere fecondata con il seme del marito e a consegnare il bambino al momento della nascita, rinunciando ai propri diritti materni. Ciò che suscitò scalpore fu il fatto che la donna dopo la nascita della bambina, esprime il proprio pentimento, rinunciando a consegnarla ai genitori intenzionali. I

¹³ TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Anno LX Fasc. 4, 2017, pag. 1401.

¹⁴ FLAMIGLI C., *Fecondazione artificiale e assistita*, in *Treccani Enciclopedia italiana – VI Appendice*, 2000.

¹⁵ Nonostante la donna che si prenderà cura del bambino durante tutta la sua crescita sarà la madre intenzionale, alcuni ritengono che il termine "surrogata" sia inappropriato per indicare la vera madre biologica poiché sarebbe la donna a cui viene affidata la crescita del bambino a sostituire la donna che lo ha portato in grembo. Proprio per queste ragioni, è stato proposto l'uso del termine "donna in gestazione", che sottolinea la distinzione tra il ruolo materno e la condizione di gravidanza, evidenziando che una donna incinta non è necessariamente una madre e, ancora, nel contesto delle coppie gay in cui non c'è una donna-madre, si preferisce ricorrere a espressioni come "gestazione per altri", che riflettono un concetto di genitorialità più inclusivo e non limitato al ruolo tradizionale della madre biologica. Un'altra definizione è quella di "utero in affitto", spesso usata con connotazione negativa o dispregiativa, che probabilmente fa riferimento al concetto di locatio ventris, una pratica con radici nell'antica Roma, con la quale si indicava il prestito della propria moglie ad un altro uomo per generare figli altrui. In un contesto in cui la procreazione e la discendenza erano considerate cruciali per la stabilità e la continuità della famiglia e della comunità, gli uomini divorziavano dalle loro mogli su richiesta del terzo, il cessionario, per assicurare la sopravvivenza e il rafforzamento della discendenza di sangue, ma anche dei legami politici interni (DE SIMONE M., *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*, in *Annali del seminario giuridico dell'università degli studi di Palermo*, Volume LIV, Torino, 2011, pag. 28).

coniugi si rivolsero al tribunale, chiedendo di condannare la donna a consegnare la bambina che, in forza del contratto, doveva considerarsi come la loro figlia.¹⁶ Il contenzioso legale ha messo in luce le ambiguità e le difficoltà legate alla maternità surrogata, facendo emergere in modo evidente la necessità di regolamentarla.

In Italia l'art. 12 comma 6 della legge 40/2004 oltre a vietare questa pratica nel nostro ordinamento, prevede una effettiva sanzione penale in caso di trasgressione, stabilendo che: "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza (la commercializzazione di gameti o di embrioni o) la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro." Le condotte punite dalla norma incriminatrice sono state descritte dal legislatore con i termini "realizzare", "organizzare" e "pubblicizzare".

- La realizzazione indica l'attuazione della pratica della maternità surrogata perché, oltre l'accordo, è anche necessario che quanto concordato venga effettivamente messo in atto: se la consegna del bambino alla coppia committente non venisse eseguita allora si potrebbe configurare solo un tentativo di reato. Alcuni sostengono che solo il medico dovrebbe essere soggetto alla legge penale, mentre per la madre surrogata, la coppia che desidera il bambino e anche il donatore di gameti potrebbe sussistere una responsabilità a titolo di concorso di persone nel reato. Altri, invece, ritengono che affermare la responsabilità solo del medico equivale a ridurre questa pratica solo all'esecuzione di un protocollo medico, che in realtà coincide con una sola parte, seppur necessaria, della procedura. Infatti sono coinvolte anche una donna che offre il proprio utero per la gravidanza e una o più persone che accolgono il bambino alla nascita e svolgono il ruolo genitoriale, soggetti che partecipano ugualmente a questo processo e possono quindi essere considerati

¹⁶ Inizialmente in New Jersey il giudice a cui venne affidato il caso, basandosi sull'analisi dell'interesse superiore del nascituro, ratificò formalmente il contratto di maternità surrogata firmato prima del concepimento del bambino e revocò i diritti genitoriali della madre biologica. Quest'ultima presentò ricorso in appello dove il giudice invalidò il contratto di maternità surrogata perché contrario all'ordine pubblico, pur affermando che il tribunale di primo grado aveva correttamente utilizzato l'analisi del miglior interesse del minore. Il contratto fu dichiarato nullo perché aggirava la disciplina dell'adozione, che proibiva qualsiasi scambio monetario sintomo di "una compravendita di bambini illegale e forse criminale". La Corte non definì chi fosse la madre, ma ripristinò i diritti genitoriali della madre biologica e riconobbe la paternità del padre genetico. Questa conclusione sembrò risolvere la questione dei contratti di maternità surrogata in quello Stato almeno fino all'avvento della maternità surrogata gestazionale, che ha riaperto il dibattito in molte giurisdizioni.

ugualmente autori del reato.¹⁷ D'altra parte, sembra che la volontà del legislatore sia quella di punire tutti coloro che sono coinvolti nella pratica della maternità surrogata: la legge 40/2004 nell'escludere la responsabilità di chi si sottopone ad altre tecniche di procreazione assistita non menziona tra queste la maternità surrogata.¹⁸

- L'organizzazione della maternità surrogata fa riferimento, secondo gli interpreti, a tutte le azioni volte a rendere possibile la pratica: dunque, chiunque metta in contatto la coppia sterile con la madre surrogata e, se necessario, ottenga il materiale genetico da terzi per la fecondazione, fornendo supporto logistico, può essere considerato come organizzatore. Non rientra nell'organizzazione, l'azione compiuta dalla coppia di aspiranti genitori prima di concludere l'accordo con la madre surrogata, che può consistere nel contattare una clinica specializzata e pianificare il viaggio nel luogo dove avverrà la maternità surrogata. L'inclusione di tali comportamenti nel divieto penale implicherebbe la punizione anche di attività preparatorie distanti dall'effettiva realizzazione della maternità surrogata e contrasterebbe con il principio di offensività. D'altra parte, sia la realizzazione che l'organizzazione sono soggette alla stessa pena e ciò suggerisce che debbano essere considerate in modo simile in termini di violazione dell'interesse protetto dalla legge.¹⁹
- La pubblicizzazione della pratica, l'ultima azione incriminata dall'articolo in questione, comprende qualsiasi diffusione di informazioni o attività di propaganda riguardanti la possibilità di ricorrere alla maternità surrogata, sia attraverso mezzi tradizionali che telematici. I destinatari del divieto penale sono, per esempio, i responsabili dei centri di procreazione assistita, nel caso

¹⁷ TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Anno LX Fasc. 4, 2017, pag. 1403.

¹⁸ L'art. 12, comma 8 della legge 40/2004 stabilisce che non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche in alcuni casi: utilizzazione a fini procreativi di gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne o che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi o senza aver raccolto il consenso secondo le modalità previste, applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle previste.

¹⁹ TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Anno LX Fasc. 4, 2017, pag. 1404.

in cui pubblicizzino questa attività.²⁰ Nonostante la legge vieti anche la pubblicità di tali pratiche, è comune trovare sui siti web alcuni annunci pubblicitari di cliniche straniere che offrono servizi di maternità surrogata o di agenzie specializzate che reclutano donne disponibili alla gestazione e ne gestiscono le relative pratiche amministrative.

Il legislatore nazionale ha deciso di includere più condotte legate alla maternità surrogata tra i comportamenti penalmente rilevanti, evidenziando il forte disvalore sociale attribuito a questo fenomeno dall'ordinamento giuridico italiano e cercando di allineare la legislazione italiana a quella di altri Paesi europei che già vietavano la pratica della maternità surrogata, in contrasto con approcci più liberali come quelli di tradizione anglosassone. Nonostante la scelta delle diverse condotte punite testimonia la volontà di creare una normativa precisa e specifica e sebbene la legge adotti un approccio rigoroso, tuttavia l'azione legislativa è stata solo parziale perché si limita a stabilire la sanzione senza identificare se i genitori intenzionali sono soggetti punibili, senza tener conto della varietà di casi che possono essere ricondotti alla pratica e senza neanche chiarire il concetto stesso di maternità surrogata.²¹ L'adozione della sanzione non è neanche accompagnata dalla previsione di una regolamentazione dello *status* del bambino nato in violazione della disposizione in vigore, creando così una lacuna normativa che spetta all'interprete colmare, considerando per esempio che il minore non dovrebbe essere soggetto alle conseguenze sanzionatorie di comportamenti ai quali, è innegabile, non ha potuto partecipare in quanto soggetto in una posizione di debolezza.

1.2 Il “Far West” legale prima del divieto

Nonostante le questioni lasciate aperte, la legge 40/2004 ha comunque segnato un punto di svolta significativo con l'introduzione del divieto assoluto della pratica di maternità surrogata in Italia, che prima di tale normativa era caratterizzata da una grande confusione normativa e giurisprudenziale. Da un lato vi era un diffuso

²⁰ TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Anno LX Fasc. 4, 2017, pag. 1405.

²¹ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 26.

atteggiamento di rifiuto verso questa pratica, ma dall'altro si riscontravano anche alcune decisioni giudiziarie che sembravano lasciare spazio ad un certo grado di apertura.²² Nonostante non esistesse una legislazione specifica, vi era comunque un quadro regolamentare di riferimento per la procreazione assistita, anche se di importanza secondaria, che includeva la maternità surrogata. L'accesso a queste tecniche era disciplinato infatti da circolari, ordinanze ministeriali e dal Codice Deontologico medico dell'epoca, le cui regole, sebbene interpretate in modi diversi, venivano generalmente rispettate.²³ La circolare ministeriale del 1985 indicava i limiti di legittimità dell'inseminazione artificiale, vietando la fecondazione eterologa nei centri pubblici, che veniva tuttavia praticata nei centri privati, a cui si rivolgevano anche le coppie non sposate per accedere alla fecondazione omologa, loro vietata nei centri pubblici. Con alcune ordinanze ministeriali del 1997 si vietava ogni forma di compensazione e pubblicità nella cessione di gameti ed embrioni e ogni esperimento volto alla clonazione umana o animale. Il Codice Deontologico medico del 1995 vietava la maternità surrogata, su cui anche il Comitato nazionale di bioetica nel 1994 espresse una valutazione negativa.²⁴ Sin dalle prime proposte di legge, come quelle avanzate da Santosuoso nel 1985 e Busnelli nel 1996, che miravano a regolamentare la procreazione medicalmente assistita, la maternità surrogata veniva considerata lesiva di principi fondamentali come la dignità, la personalità, l'integrità psico-fisica della donna e del bambino.²⁵ Innanzitutto, la Commissione Santosuoso svolse un ruolo significativo nella definizione di proposte legislative sulla PMA, esaminando questioni tecniche, etico-sociali, organizzative e giuridiche ad essa collegate. Le proposte presentate includevano sia l'inseminazione omologa tra coniugi sia quella compiuta attraverso l'uso di gameti donati. L'obiettivo principale era garantire che la procreazione fosse una scelta privata, ma assicurando priorità agli interessi del concepito, alla stabilità familiare e al benessere della società. Si decise di promuovere

²² FIORE R., *La gestazione per altri*, (a cura di) MARTORANA M., *Maternità surrogata*, Milano, 2023, pag. 22.

²³ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 10.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ PARISI I., *Utero surrogato: normative a confronto*, in *Associazione Luca Coscioni files*, 2015.

la protezione della famiglia tradizionale, limitando l'accesso alle tecniche procreative alle coppie sposate e vietando esplicitamente la maternità surrogata, prevedendo che i diritti materni fossero attribuiti alla donna che avesse partorito il bambino. Successivamente, la Commissione presieduta dal professore Busnelli elaborò una proposta di legge che rifletteva la complessità della questione, distinguendosi per il rispetto del pluralismo delle opinioni sulla liceità o meno delle tecniche di PMA, promuovendo il dialogo e la ricerca di punti comuni. Uno dei punti chiave fu il riconoscimento della fecondazione assistita come atto medico con finalità terapeutica, garantendo la tutela della salute e il benessere psico-fisico dell'individuo. Tuttavia, la proposta sollevò alcune critiche per i divieti e le cautele imposte, considerate da alcuni eccessive e limitative dell'autonomia individuale e dei diritti delle donne. Per quanto riguarda la maternità surrogata, si vietava qualsiasi forma di surrogazione di maternità, rendendo nullo qualsiasi accordo al riguardo. Il progetto sostenne il divieto di intermediazione negli accordi aventi scopo procreativo, al fine di prevenire la commercializzazione e lo sfruttamento delle persone vulnerabili e stabili, come aveva fatto l'altra Commissione citata, che i diritti e gli obblighi inerenti alla maternità spettassero esclusivamente a colei che avesse partorito il figlio. Anche il Testo Unificato sulla disciplina della procreazione medicalmente assistita, presentato poi dall'On. Bolognesi nel 1998, vietava, fra l'altro, "ogni forma di surrogazione di maternità".

In ambito giurisprudenziale, invece, si osservò una discrepanza di opinioni riguardo alla validità e all'efficacia degli accordi di surrogazione di maternità, specialmente quando non coinvolgevano alcun compenso. Le prime pronunce affermarono esplicitamente la nullità di tali accordi, classificandoli come contratti atipici: il Tribunale di Monza con sentenza del 1989 dichiarò la nullità del contratto di maternità surrogata su cui era stato chiamato a pronunciarsi.²⁶ La decisione affondava le proprie

²⁶ Trib. Monza, sentenza 27 ottobre 1989, n. 162. Nel 1988, i coniugi Valassina ebbero un ruolo pionieristico nell'introduzione della pratica della maternità surrogata in Italia. Si rivolsero al tribunale di Monza per far rispettare un contratto con una giovane immigrata algerina, la quale si era impegnata a portare avanti la gravidanza con l'intento di consegnare il bambino alla coppia committente. Tuttavia, al momento della nascita, la madre surrogata rifiutò di consegnare la bambina, cercando di estorcere ulteriori pagamenti dai genitori committenti. Il tribunale di Monza affrontò la questione tenendo conto delle pratiche legali in uso nei paesi anglosassoni, ma anche della normativa italiana, inclusi i principi costituzionali e le leggi civili e penali. La decisione del tribunale concesse al padre la possibilità di riconoscere il bambino come suo figlio naturale e di inserirlo nella sua famiglia legittima, analogamente a quanto fu concesso alla madre surrogata. Per quanto riguarda la madre committente, il Tribunale le

radici nella mancanza dei requisiti necessari di possibilità e liceità contrattuale. In particolare, la madre surrogata non aveva dato uno spontaneo consenso alla consegna del bambino e il contratto era caratterizzato da carattere oneroso, violando così dei principi costituzionali. Il tribunale precisava che il diritto del minore è quello di crescere nella propria famiglia biologica e sottolineava il divieto di concludere atti contrari alla legge e al buon costume *ex art. 1343 c.c.* La Corte d'Appello di Salerno, pochi anni dopo, nel 1992 si trovò a valutare un'istanza di adozione particolare di minore nato all'estero a seguito di maternità surrogata e, pur condividendo il giudizio del Tribunale di Monza sull'illegittimità dell'accordo di maternità surrogata nel nostro ordinamento, sostenne la sua ininfluenza ai fini dell'adottabilità del minore da parte della moglie del padre naturale.²⁷ Tale soluzione infatti si presentava, ad avviso della Corte, come la più idonea a garantire il preminente interesse del minore, volontariamente ceduto dalla madre biologica al padre biologico. In seguito, alcune pronunce riconobbero la legittimità di accordi di maternità surrogata sancendo principi totalmente innovativi sul tema, con l'intento di attribuire tutela ai diversi interessi in gioco, tra cui quello del nascituro. Sul punto, il Tribunale di Roma con un'ordinanza del 2000 autorizzò l'impianto di embrioni appartenenti a una coppia nell'utero di un'altra donna, che si era offerta volontariamente di portare avanti la gravidanza per conto della coppia. Il giudice riconosceva che il diritto fondamentale di diventare genitori, quindi il diritto alla procreazione, poteva essere realizzato anche tramite adozione o tramite trasmissione del patrimonio genetico, permettendo l'utilizzo di tutti i mezzi scientifici disponibili per soddisfarlo, nonostante il contrasto con il Codice

diede la possibilità di ricorrere ad un'adozione speciale per conferire una base giuridica alla procreazione senza parto, ma sottolineò i diritti costituzionali dei genitori biologici e il diritto del minore di crescere nella sua famiglia naturale, ribadendo che la sostituzione dei genitori biologici sarebbe dovuta avvenire solo in casi di comprovata incapacità o inadeguatezza.

²⁷ App. Salerno, 25 febbraio 1992. I coniugi Gianattasio, incapaci di concepire naturalmente un figlio, si rivolsero ad un'associazione specializzata in fecondazione assistita a Marsiglia. Dopo diverse sedute, gli fu possibile concepire un bambino utilizzando il seme del marito e l'utero di una madre surrogata anonima. Dopo la nascita, il neonato venne consegnato al padre, che lo riconobbe come suo figlio naturale. Rimasta anonima, la madre surrogata permise al padre di integrare il bambino nella propria famiglia e alla moglie di presentare una richiesta di adozione particolare. La decisione della Corte d'Appello di Salerno riguardò la conferma del decreto di adozione emesso dal tribunale minorile di Salerno, impugnato dal procuratore della Repubblica.

Deontologico medico.²⁸ L'accordo tra le parti fu considerato un contratto atipico meritevole di tutela, in quanto espressione del desiderio della coppia di diventare genitori e rispettoso della vita umana sin dal suo concepimento, purché motivato da solidarietà e liberalità. Il caso si differenziava da quello monzese perché l'embrione era composto interamente da materiale genetico della coppia e la gestante aveva accettato solidaristicamente di impiantarli e portare avanti la gravidanza al posto della madre intenzionale. Sulla base di quest'ultima affermazione, se il processo fosse stato condotto nel rispetto delle condizioni di salute della madre surrogata, la pratica non avrebbe comportato una diminuzione permanente dell'integrità fisica. Inoltre, sarebbe stato difficile negare la liceità di un semplice prestito d'organo, soprattutto quando questo è limitato nel tempo e sotto stretto controllo medico e, ancora, considerando che il legislatore già prevedeva la possibilità di donazione di organi tra individui viventi. D'altronde, nel nostro sistema giuridico, al giudice spetta valutare ogni caso in modo specifico per individuare la soluzione più adeguata a soddisfare le esigenze delle parti coinvolte e tutelare gli interessi in gioco. Tuttavia, ciò non impone un totale affidamento alla discrezionalità del giudice e, data la grande importanza dell'attività legislativa e la complessità del tema della maternità surrogata, la legge 40/2004 rappresenta oggi un segnale dell'approccio prudente del legislatore nella ricerca di garantire i diritti di tutti i soggetti coinvolti nel processo procreativo e nel prevenire lo sfruttamento di questa pratica in Italia.

2. Le ragioni alla base del divieto di maternità surrogata in Italia

I problemi biogiuridici che la maternità surrogata porta con sé sono molti e hanno contribuito a plasmare le opinioni e le decisioni legislative che hanno condotto alla proclamazione del suo divieto. Il diritto alla procreazione è un elemento fondamentale della personalità umana e le coppie hanno il diritto di ricorrere a tutte le tecnologie mediche disponibili per trattare l'infertilità. Tuttavia, questo principio non implica

²⁸ Trib. Roma, ordinanza 17 ottobre 2000. La pronuncia del tribunale di Roma riguardò un caso in cui un medico rifiutò di eseguire una procedura di fecondazione in vitro (FIV) in seguito alla stipula di un accordo di surrogazione tra un'amica della futura madre e la coppia committente. Il medico giustificò il rifiuto sostenendo che il Codice Deontologico medico, che vietava la pratica della maternità surrogata, era entrato in vigore dopo la conclusione dell'accordo. I coniugi committenti tentarono un'azione legale contro il medico, chiedendo al tribunale di autorizzarlo ad eseguire il trasferimento degli embrioni crioconservati nell'utero della donna surrogata.

automaticamente che una coppia, nell'ambito della quale la donna non possa portare a termine la gravidanza, possa ottenere figli utilizzando il corpo di un'altra donna. È chiaro che il ricorso al corpo di un'altra persona non costituisce un trattamento medico, ma piuttosto un atto giuridicamente significativo soggetto a limiti di legittimità. Una parte della comunità accademica si riferisce alla discussione filosofica tradizionale sulla non disponibilità del corpo umano e all'idea di Kant secondo cui l'uomo non può considerarsi proprietario di se stesso, poiché se fosse soggetto a proprietà sarebbe considerato una cosa e non una persona. Questo concetto è stato tramandato fino ai nostri giorni attraverso, per esempio, l'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la Biomedicina del 1997, che sancisce il divieto di trarre profitto dal corpo umano e dalle sue parti.²⁹ Un nodo cruciale nel dibattito sulla maternità surrogata diviene, quindi, il conflitto tra la volontà consapevole della donna surrogata e la sua potenziale mancanza di autodeterminazione, che diventa particolarmente acuta quando decide di diventare madre surrogata per motivi finanziari, sottoponendosi alla cosiddetta "maternità surrogata commerciale". In questo contesto sorgono serie preoccupazioni riguardo la sua libertà di scelta e la possibilità che venga sfruttata, perché la pressione finanziaria potrebbe costringerla a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso, mettendo in discussione la vera natura del suo consenso e della sua volontà.³⁰ Un segno di questi potenziali pregiudizi potrebbe essere la mancanza di registrazione, in alcuni Paesi che la accettano, dei dati personali della donna o delle informazioni sulle sue motivazioni nel generare un figlio per conto di altri.³¹ Se commerciale, la maternità surrogata, solleva interrogativi fondamentali sulla dignità e l'autonomia della donna, non solo poiché il suo corpo diventa un oggetto di transazione economica, ma anche perché le disuguaglianze socio-economiche verrebbero accentuate. In questo senso, infatti, la maternità surrogata potrebbe risultare accessibile solo a coloro che dispongono delle risorse finanziarie necessarie: i ricchi

²⁹ SGORBATI B., *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.2, 2016, pag. 117.

³⁰ SUGAMELE L., *Maternità surrogata: la biopolitica del corpo, Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia neoliberale*, in *Annali di Ca' Foscari. Serie occidentale*, Vol. 53, 2019, pagg. 433-447.

³¹ VALONGO A., *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.2, 2016, pag. 146.

committenti hanno un'enorme influenza, che può compromettere la dignità delle donne coinvolte, le caratteristiche naturali della maternità e il legame essenziale tra madre e figlio.

Ben diversa sotto questi profili è la pratica della “maternità surrogata altruistica” ove il pagamento diretto del corrispettivo da parte dei genitori intenzionali nei confronti della surrogata non è legalmente permesso, ma è consentito fornire un rimborso delle spese mediche e altre spese correlate come le spese di viaggio o quelle legali. Questo modello è stato progettato per enfatizzare il senso di altruismo e solidarietà della madre surrogata, che offre il suo sostegno per aiutare una coppia o una persona a realizzare il desiderio di avere un figlio. Tuttavia, pur riducendo il rischio di sfruttamento delle donne in situazioni economiche svantaggiose, la pratica della surrogazione altruistica non è immune da possibili forme di coercizione o ingiustizia. In numerosi sistemi giuridici in cui la pratica della maternità surrogata commerciale è ufficialmente proibita, questo divieto viene spesso eluso attraverso l’inclusione di clausole generiche, che stabiliscono che i genitori intenzionali debbano fornire “equi compensi” alla madre surrogata, fungendo effettivamente da corrispettivo per garantire che la gestante non decida di tenere il bambino al momento della nascita.³² A tal proposito alcuni sostengono che tali clausole finiscono per celare l’esistenza di un contratto tra la madre surrogata e i genitori committenti; d’altronde nonostante la gravidanza avvenga nel corpo di una donna, sono altri ad averne il controllo e prendere decisioni al riguardo. È stato, inoltre, evidenziato che se si considerasse la maternità surrogata altruistica e la si ipotizzasse come priva di corrispettivo, verrebbe meno il requisito della patrimonialità e non si potrebbe parlare di un vero e proprio contratto *ex. art. 1321 c.c.*, secondo cui il contratto è un accordo tra due o più parti che regola un rapporto giuridico patrimoniale. Invero, a prescindere dall’onerosità o meno dell’accordo si giunge a concludere che la sua natura si avvicina più ad una regolamentazione delle relazioni familiari che ad una transazione patrimoniale, quindi non sarebbe comunque adeguatamente rappresentata dalla definizione di contratto fornita sopra.³³ Ma anche se si dovesse accogliere questa tesi secondo cui non si tratti

³² CECCHINI S., *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, 2019, pag. 3.

³³ SALONE B., *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, pag 46.

di un vero e proprio contratto, continuerebbero comunque ad emergere preoccupazioni riguardo la potenziale perdita di autonomia e controllo da parte della madre surrogata sul proprio corpo, perché nonostante la donna possa scegliere se partecipare o meno al processo prima di rimanere incinta, non ha diritto di recedere dalla situazione una volta coinvolta nella gravidanza. A tal proposito ci si chiede se i genitori intenzionali possano legittimamente essere coinvolti nelle decisioni relative all'aborto e se hanno il diritto di accedere a informazioni confidenziali sulla gravidanza.³⁴ Alcuni sostengono che la gestante dovrebbe avere il diritto di decidere autonomamente, poiché è lei che subisce le conseguenze della gravidanza; altri, invece, ritengono che il potere decisionale debba essere attribuito alla coppia committente, in quanto saranno loro a prendersi cura del bambino dopo la nascita.³⁵ Nell'ultimo caso ci sono Paesi in cui se la madre surrogata decidesse di abortire in contrasto con la volontà dei committenti dovrà risarcirli.³⁶ Non a caso un segmento della letteratura femminista ha paragonato la maternità surrogata alla prostituzione, sostenendo che attraverso un contratto di questo tipo la madre surrogata ceda il proprio utero e, di conseguenza, il proprio corpo, perdendo il controllo su di esso.³⁷ Ma un altro segmento femminista vede questa pratica come una conquista, basandosi sull'idea di libertà, autodeterminazione e controllo che hanno le donne sul proprio corpo e che ha caratterizzato anche le tematiche che emersero nel momento in cui si decideva sull'interruzione volontaria di gravidanza. Secondo questa prospettiva, le donne dovrebbero avere il diritto di decidere come gestire la propria maternità, compresa la possibilità di diventare madri surrogate se lo desiderano.³⁸ Ma occorre interrogarsi sul

³⁴ WALKER R., VAN ZYL L., *Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality*, in *Bioethics/Volume 29*, Issue 8, 2015, pagg. 529-535.

³⁵ VITALE A.R., *Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata*, in *Medicina e Morale*, 2016, sezione giuridica, pag. 180.

³⁶ SUGAMELE L., *Maternità surrogata: la biopolitica del corpo, Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia neoliberale*, in *Annali di Ca' Foscari. Serie occidentale*, Vol. 53, 2019, pagg. 433-447.

³⁷ POLI L., *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2015, pag. 12

³⁸ GUIZZARDI L., *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, in *Quaderni di Teoria sociale*, n. 2, 2018, pag. 82.

modo in cui questo principio si collochi nel contesto della maternità surrogata a pagamento. Sembrerebbe generarsi un paradosso tra la volontà consapevole di autodeterminarsi e l'eventuale mancanza di essa nel contesto in cui una donna mette il proprio corpo a disposizione per fini lucrativi. Richiamando quanto detto sopra, in molti Paesi, tra cui gli Stati Uniti e il Canada, i contratti di maternità surrogata spesso limitano la libertà delle donne surrogate riguardo alle decisioni mediche, compreso l'aborto, stabilendo che tali decisioni debbano essere prese in base alla volontà dei committenti.³⁹

Lo stesso ragionamento circa il possibile sfruttamento delle donne coinvolte, conduce anche all'idea di un'ipotetica creazione di un mercato per la compravendita di bambini, sottolineando la preoccupazione riguardo la possibilità di incentivare la trasformazione dei bambini in merce di scambio.⁴⁰ Sembrerebbe esserne stato un esempio il caso, segnalato da alcune testate giornalistiche, dei bambini nati da madri surrogate in Ucraina, lasciati per mesi, durante il periodo di pandemia da Covid-19, ammassati nella sala di un albergo trasformato in una sorta di grande asilo improvvisato a Kiev, in attesa della loro consegna ai genitori committenti sparsi in tutto il mondo.⁴¹

Allora secondo alcune dottrine, proprio per evitare di enfatizzarne mercificazione, si dovrebbe porre l'accento sulla considerazione per cui ciò che la madre surrogata vende non è il bambino, ma i suoi diritti genitoriali, per cui sotto questo punto di vista non sarebbe diversa, per esempio, da una donna che accetta, in un procedimento di divorzio, di rinunciare al diritto di custodia dei figli in cambio di qualche altra concessione da parte del marito.⁴²

³⁹ SUGAMELE L., *Maternità surrogata: la biopolitica del corpo, Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia neoliberale*, in *Annali di Ca' Foscari. Serie occidentale*, Vol. 53, 2019, pagg. 433-447.

⁴⁰ FIORE R., LANZA R., TOMASIELLO A., *La maternità surrogata tra etica e diritto*, (a cura di) MARTORANA M., *Maternità surrogata*, Milano, 2023, pag. 13.

⁴¹ MARIANI A., *Lockdown. Video-choc dall'Ucraina: i figli dell'utero in affitto parcheggiati in hotel*, in *Avvenire*, 2020.

⁴² VITALE A.R., *Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata*, in *Medicina e Morale*, 2016, sezione giuridica, pag. 176.

Inoltre, attraverso la pratica della maternità surrogata potrebbero diventare genitori individui che non solo non possono concepire naturalmente ma che potrebbero non essere idonei all'adozione secondo le leggi nazionali o gli accordi internazionali, per esempio perché inadatti per motivi psicologici o comportamentali, il che costituirebbe un rischio significativo. Sembrerebbe che in alcuni Paesi, come l'Ucraina, dove la maternità surrogata è permessa, non vi sia un adeguato screening dei genitori surrogati e quindi, ipoteticamente, un individuo con condanne per pedofilia o con gravi disturbi mentali o comportamentali potrebbe accedere alla pratica della maternità surrogata senza problemi, mentre in altri Paesi non sarebbe considerato idoneo neanche all'adozione. La situazione appare contraddittoria perché se la legge non può impedire ad un individuo condannato per gravi reati contro minori di concepire naturalmente un figlio, dovrebbe quanto meno intervenire nel caso in cui lo stesso soggetto voglia diventare genitore attraverso la pratica della maternità surrogata. In questo senso, sarebbe ragionevole ipotizzare un sistema di filtraggio in tutti i Paesi in cui la pratica è consentita, simile a quello utilizzato nell'ambito dell'adozione.⁴³ Per di più, data la notorietà della difficoltà del processo adottivo, vi è il rischio che la facilità di accesso alla maternità surrogata possa portare ad un aumento di questa pratica a discapito dell'adozione, con conseguenti pregiudizi per i bambini abbandonati sia in Italia che all'estero.

Numerose critiche simili hanno portato le femministe del movimento “stop surrogacy” e gli attivisti per i diritti umani provenienti da tutto il mondo a riunirsi a Parigi nel febbraio del 2016 per firmare la “Carta per l'abolizione universale della maternità surrogata”, che sottolinea il rifiuto della mercificazione del corpo delle donne e dei bambini, chiedendo ai Paesi europei di rispettare le convenzioni internazionali per la protezione dei diritti umani e dei bambini, di cui sono firmatari.⁴⁴ L'iniziativa prende le mosse da un'idea di vittimizzazione delle gestanti, spesso rappresentate dai media come non completamente consapevoli né durante la gravidanza né al momento della

⁴³ SGORBATI B., *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.2, 2016, pag. 124.

⁴⁴ SGORBATI B., *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.2, 2016, pag. 127.

rinuncia al bambino che hanno portato in grembo.⁴⁵ Queste rappresentazioni però non mettono mai in evidenza una possibile colpevolizzazione di queste donne che entrano nei circuiti della maternità surrogata e “vendono” i loro bambini.

2.1 Il mosaico delle figure genitoriali

La tecnica della surrogazione di maternità porta con sé una complessità senza precedenti nell'ambito delle relazioni familiari e dell'identità individuale. In passato, la maternità era comunemente vista come il frutto di un legame tra due persone, la madre biologica e il padre biologico. Attraverso la pratica della gestazione per altri invece, un bambino può finire per avere figure genitoriali diverse, ciascuna con un ruolo specifico e un legame unico con lui perché, come è noto, essa implica il coinvolgimento di tre o più partecipanti. Innanzitutto, la madre genetica è colei che ha donato l'ovulo contribuendo al patrimonio genetico del bambino e potrebbe coincidere con la madre gestazionale (nell'ipotesi di maternità surrogata gestazionale o totale), ovvero con quella sociale (ossia la committente) o addirittura con una donatrice esterna e terza (nel caso di maternità surrogata tradizionale o parziale).

La surrogazione materna può essere poi considerata omologa quando la madre surrogata porta avanti la gravidanza con l'embrione che contiene solo il materiale genetico della coppia committente. Al contrario, diventa surrogazione eterologa quando la madre surrogata ospita nell'utero un ovocita proveniente da una donna diversa dalla madre sociale e gestazionale, o quando l'embrione è stato fecondato con il seme di un uomo estraneo alla coppia committente. In quest'ultimo caso, il contesto è caratterizzato da una ancor maggiore artificiosità. La madre gestazionale è la surrogata, colei che ha portato avanti la gravidanza e ha fornito l'ambiente per lo sviluppo del bambino, mentre la madre sociale è colei che si prende cura del bambino una volta nato. Una figura che, pur non avendo alcun legame biologico o gestazionale, svolge un ruolo fondamentale nella vita quotidiana del bambino, influenzandone la crescita e lo sviluppo.

⁴⁵ L'auspicio è quello di pervenire a una proibizione globale della maternità surrogata, in quanto inaccettabile che, solo perché la tecnologia lo permette e in nome di presunti diritti individuali, le donne tornino a essere considerate oggetti a disposizione, non più del patriarca, ma del mercato. Sembra dunque necessaria un'azione normativa a livello internazionale per proteggere i diritti e la dignità delle donne, impedendo che vengano sfruttate come risorse nel contesto del mercato della maternità surrogata.

Parallelamente è possibile che siano coinvolte più figure paterne coinvolte: da un lato, il padre genetico, e, dall'altro, il padre sociale. Il primo è colui che fornisce il seme per la fecondazione dell'ovulo e può coincidere o meno con il padre sociale, che è colui che assume il ruolo di padre nella vita del bambino, partecipandovi. Questa complessità può creare confusione e interrogativi nell'identità del bambino, poiché si trova a dover interfacciarsi con diverse figure e definire quali considerare come punti di riferimento nella sua vita. Proprio per questo motivo alcuni sostengono che sarebbe contraria al principio di uguaglianza una legge che tratti tutti questi casi allo stesso modo, specialmente se il legislatore decide di legittimare la pratica della surrogazione di maternità.⁴⁶

In sostanza, la surrogazione di maternità introduce un nuovo paradigma di famiglia e identità genitoriale, che solleva importanti questioni etiche e psicologiche riguardo al benessere e allo sviluppo dei bambini coinvolti, in cui anche l'associazione tra maternità, gravidanza e parto viene capovolta. Il legame tra una madre e il processo fisico ed emotivo della gravidanza e del parto ha radici profonde nella nostra società e nella nostra comprensione culturale della genitorialità. La gravidanza è vista non solo come un processo biologico, ma anche come un'esperienza trasformativa che lega indissolubilmente la donna al bambino che porta in grembo, conferendo alla gestante un ruolo privilegiato nella definizione legale e sociale di madre.⁴⁷ Si presume che le donne sviluppino istintivamente un amore profondo e un legame naturale con i bambini che portano in grembo e che siano riluttanti a rinunciare ai loro figli, a meno che non siano costrette da circostanze disperate. Il concetto di una madre biologica ma non gestante viene percepito dunque come una deviazione dalle tradizionali concezioni di maternità, in cui il principio di diritto romano del "*mater semper certa est*" ex art. 269 c.c. verrebbe meno.⁴⁸

⁴⁶ SGORBATI B., *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.2, 2016, pag. 112.

⁴⁷ GUERZONI C., MOTTERLE T., *Sul corpo delle surrogate. Analisi del discorso pubblico italiano sulla gestazione per altri*, in *gender/sexuality/italy*, "Themed section", 2018.

⁴⁸ CECCHINI S., *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, 2019, pag. 8.

Queste considerazioni hanno fatto sorgere una pluralità di interrogativi che trovano, sia in dottrina sia in giurisprudenza, risposte variegata e differenti. Alcuni, infatti, proteggono il principio di diritto romano ammettendo la preminenza biologica della maternità della gestazione su quella genetica; altri, invece, enfatizzano l'elemento genetico e altri ancora promuovono la teoria dell'intenzione nella filiazione, sostenendo che la madre legale sia quella che ha mostrato la volontà e il desiderio di essere genitore, indipendentemente dal contributo genetico o biologico.⁴⁹

Il rischio di una “destrutturazione” dell'identità materna, tuttavia, è quello di destrutturare anche l'identità del figlio, perché se il bambino nascesse attraverso una madre surrogata potrebbe sorgere confusione riguardo alla sua identità biologica e al suo legame con i genitori sociali. A tal proposito alcuni ritengono che sia meglio mantenere l'anonimato anagrafico della madre surrogata specialmente perché rivelare l'identità potrebbe disturbare l'equilibrio familiare esistente. Gli studi nel campo spesso sottolineano che ciò di cui il bambino o l'adulto hanno veramente bisogno è di appartenere a una famiglia e di avere le condizioni per un sano sviluppo psico-fisico, che dipende principalmente dalla solidità delle relazioni all'interno del nucleo familiare.⁵⁰ Non è sorprendente che studi statistici abbiano confermato che la stragrande maggioranza degli aspiranti genitori ritenga che non sia necessario fornire al proprio figlio informazioni riguardanti le sue origini genetiche.⁵¹ Questo atteggiamento riflette la percezione diffusa del segreto, come di una precauzione necessaria per preservare l'equilibrio familiare. Nel momento in cui il figlio dovesse venire a sapere che i genitori hanno fatto ricorso alla maternità surrogata, potrebbe trovarsi di fronte ad una storia estremamente difficile da elaborare. È un momento in cui il figlio potrebbe dover affrontare una realtà complessa: una madre che non lo ha partorito per desiderio personale, ma lo ha messo comunque al mondo per conto di

⁴⁹ LAMM E., *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcellona, 2013, pagg. 31 – 47.

⁵⁰ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, 2011, pag. 12.

⁵¹ SALONE B., *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, pag 43.

altri, trattandolo quasi come un oggetto o una merce di scambio, indipendentemente dal fatto che ci fosse un compenso o meno per tale servizio.

D'altro canto, altri riconoscono che anche il diritto del figlio di conoscere la sua vera origine è un aspetto cruciale per il suo benessere psicologico e la sua identità personale.⁵² Negare il diritto di conoscere la verità rappresenterebbe una forma di violenza, specialmente quando perpetrata dallo Stato. La pubblicità e la trasparenza dovrebbero essere principi guida, garantendo l'accesso alla verità a tutti gli individui, compresi i figli nati da maternità surrogata, in modo da preservare il principio di uguaglianza sancito dalla Costituzione.⁵³ È importante considerare che una scoperta accidentale di una verità così delicata potrebbe causare un grande trauma emotivo e ledere la dignità di un individuo. Pertanto, da un diverso punto di vista, sarebbe auspicabile stabilire un obbligo giuridico di informare il figlio, preferibilmente quando è ancora minorenne. Tuttavia, a quel punto potrebbero sorgere delle problematiche in relazione alla ipotetica volontà della madre surrogata di rimanere anonima.

Un recente caso presentato proprio alla Corte Europea dei Diritti Umani ha riguardato la nascita anonima.⁵⁴ Il caso riguardava la richiesta della ricorrente, nata da genitori anonimi, di conoscere l'identità della sua madre biologica. Tuttavia, il Consiglio nazionale francese per l'accesso alle informazioni sulle origini personali (CNAOP) ha respinto la richiesta della ricorrente, in base alla volontà della madre biologica di mantenere segreta la sua identità. La Corte ha ritenuto che il rifiuto del CNAOP costituisse un'interferenza nel diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata, come previsto dall'art. 8, ma che questa interferenza fosse da considerare conforme alla legge poiché volta a proteggere i diritti e gli interessi della madre biologica. Per di più la ricorrente aveva avuto la possibilità di presentare delle domande sulle proprie origini, a cui aveva ricevuto risposta, quindi la Corte ha concluso che non c'è stata violazione dell'articolo, poiché il sistema legale francese aveva trovato un giusto equilibrio tra il diritto della ricorrente di scoprire le sue origini e il diritto della madre

⁵² CARLOTTO I., *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.3, 2021, pag. 2.

⁵³ VITALE A.R., *Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata*, in *Medicina e Morale*, 2016, sezione giuridica, pag. 182.

⁵⁴ Corte EDU, 30 gennaio 2024, ric. n. 18843/20. Caso *Cherrier c. Francia*.

biologica di rimanere anonima in conformità con l'art. 8 della CEDU. Indipendentemente dalle varie opinioni riguardanti le tecniche di fecondazione artificiale in generale e la gestazione per altri in particolare, sembra essenziale rispettare il principio di uguaglianza, quindi è essenziale tenere in considerazione la necessità che i figli nati tramite queste tecniche possano avere accesso alle informazioni relative alle proprie origini, come previsto per i figli adottivi, per assicurare loro un trattamento equo e una comprensione completa delle proprie radici, indipendentemente dal metodo di concepimento utilizzato, ma bilanciando pur sempre il loro diritto a quello della madre biologica.

3. Il fenomeno del cosiddetto turismo procreativo: analisi della regolamentazione nel contesto italiano

Il divieto di maternità surrogata ha avuto un effetto preventivo generale che ha annullato ogni possibilità di ricorrere a questa pratica in Italia, dove infatti manca una vera e propria casistica, ma si sono susseguite con il passare del tempo e, con maggior forza, nella legislatura attualmente in corso, una serie di proposte di legge volte a modificare il testo legislativo o integrarlo per garantire l'effettività del divieto di surrogazione di maternità che, sebbene penalmente sanzionato, è eluso dal fenomeno del turismo procreativo. L'impegno che ci si propone di raggiungere attraverso questi disegni di legge deriva dall'impossibilità di applicare l'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004 al caso in cui queste pratiche vengano commesse all'estero. Infatti, a meno che il reato non sia commesso nel territorio dello Stato perché, accogliendo il principio di ubiquità, l'azione che lo costituisce è ivi avvenuta in tutto o in parte o si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione ex art. 6 c.p., esso non sarà punibile in Italia.⁵⁵

Nel caso del turismo procreativo nessuna delle condotte descritte nella norma incriminatrice si svolge, neanche in parte, in Italia: a proposito della realizzazione, l'accordo tra la madre surrogata e gli aspiranti genitori si conclude in una clinica estera

⁵⁵ L'art. 6 c.p. indica quando si può parlare di reati commessi nel territorio dello Stato e stabilisce che: "Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana (comma 1). Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione (comma 2)".

dove si sono svolte anche tutte le fasi richieste dalla pratica di maternità surrogata e l'organizzazione, intesa come l'attività di coordinamento logistico compiuta da terzi, si svolge interamente nel Paese in cui viene eseguita la pratica e dove, quindi, quest'ultima potrebbe anche essere pubblicizzata.⁵⁶ Ad oggi la giurisprudenza non ha mai considerato gli atti preparatori svolti in Italia come manifestazioni inequivocabili di un piano premeditato volto a commettere il reato previsto dall'art. 12 comma 6 della legge 40/2004, infatti non ci sono stati procedimenti penali conclusi con condanne per il reato in questione. Le azioni effettivamente finalizzate alla pratica della maternità surrogata sono generalmente compiute all'estero e, in astratto, l'unica possibilità che si avrebbe in Italia per punire la maternità surrogata commessa all'estero, si potrebbe rintracciare nella seconda parte dell'art. 9 c.p. in cui si 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 - con la precisazione, però, che in tal caso la punibilità è subordinata alla richiesta del Ministro della Giustizia.⁵⁷ In ogni caso l'estensione in esame anche alle condotte poste in essere in territori stranieri risulterebbe in contrasto con la tesi secondo cui la legge penale italiana può essere adottata per fatti commessi all'estero solo quando il fatto sia

⁵⁶ TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Anno LX Fasc. 4, 2017, pag. 1405.

⁵⁷ I reati commessi in territorio estero possono essere puniti con la legge penale italiana solo in casi particolari indicati dagli artt. 7 e ss. del codice penale. A tal proposito l'art. 7 c.p. prevede che la legge italiana si applichi sia nei confronti del cittadino sia nei confronti dello straniero in relazione a quei reati, commessi all'estero, elencati nel medesimo articolo e volti a proteggere interessi fondamentali dello Stato italiano caratterizzati da rilevante gravità, come i delitti contro la personalità dello Stato, o soggetti a disposizioni speciali o convenzioni internazionali che prevedono l'applicabilità della legge penale italiana. Gli articoli seguenti sono relativi ai delitti politici commessi all'estero (art 8 c.p.), ai delitti comuni del cittadino all'estero (art 9 c.p) e ai delitti comuni dello straniero all'estero (art. 10 c.p.), subordinando l'applicazione della legge penale italiana alla sussistenza di alcuni presupposti. I delitti politici commessi all'estero da cittadini o stranieri possono essere perseguiti secondo la legge penale italiana solo se il Ministro della Giustizia lo richiede e se la persona offesa presenta querela, nel caso il delitto sia perseguibile solo su querela. Per i delitti commessi all'estero da cittadini italiani, la legge italiana si applica solo se il reato commesso è punito con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni e il cittadino è presente in Italia dopo aver commesso il reato. Se la pena prevista è inferiore a tre anni di reclusione, è necessaria anche la richiesta del Ministro della Giustizia o la presentazione di un'istanza di procedimento o querela da parte della persona offesa. Analogamente a quanto disposto dall'art. 9, quello successivo stabilisce che per i delitti comuni che lo straniero commette all'estero contro lo Stato o contro un cittadino italiano, la legge penale italiana si applica solo per i delitti puniti con ergastolo o reclusione non inferiore nel minimo a un anno, sempre considerando che occorre la presenza del reo nel territorio dello Stato italiano e, alternativamente, la richiesta di procedimento del Ministro della Giustizia o la richiesta di procedimento della persona offesa.

previsto come reato anche da parte dell'ordinamento straniero, quindi la tesi della cosiddetta "doppia incriminazione". In realtà la sua applicazione è oggetto di discussione perché si potrebbe sostenere che, poiché i codici penali non menzionano esplicitamente questo requisito, i cittadini dovrebbero essere puniti secondo la legge italiana senza considerare la legislazione estera. D'altra parte, si potrebbe anche argomentare che, anche se non esplicitamente previsto, il rispetto delle leggi italiana e straniera dovrebbe essere un requisito implicito per l'applicazione della legge penale italiana ai reati comuni commessi all'estero, interpretazione fondata sul principio di legalità e colpevolezza, sottolineando che le persone dovrebbero essere consapevoli delle conseguenze legali dei propri atti; quindi, se un fatto non è considerato reato nel Paese in cui è stato commesso, punirlo secondo la legge italiana tradirebbe l'affidamento legittimo dell'individuo sulla liceità della sua condotta. Questo dibattito conduce ad un'incertezza interpretativa che è stata considerata, anche dalla Corte di Cassazione, come un errore inevitabile riguardo all'applicazione dell'art. 9 c.p. e, di conseguenza, riguardo la perseguibilità dei reati comuni commessi all'estero da cittadini italiani. Ma, la mancanza di chiarezza sulla possibilità di applicare la legge n. 40/2004 ai casi di surrogazione di maternità all'estero è evidenziata dalle molte proposte di legge presentate in Parlamento, che cercano di rendere esplicita questa applicazione nel diritto penale italiano e da orientamenti giurisprudenziali. Una recente sentenza della Corte di Cassazione, la n. 38162 del 2022, ha stabilito che la surrogazione all'estero da parte di cittadini italiani in conformità alla legge del Paese in cui avviene non può essere considerata un reato ai sensi dell'art. 12, comma 6. Secondo la Cassazione la normativa penale in questione non si applica alle condotte commesse al di fuori del territorio italiano, poiché il fenomeno della surrogazione di maternità ha radici salde nel contesto nazionale. Da ciò deriva la conferma che, attualmente, la legge in questione non può essere applicata ai casi di surrogazione di maternità all'estero e che il legislatore italiano potrebbe eccezionalmente ignorare il principio della doppia incriminazione solo quando l'interesse protetto dalla legge italiana è più importante dell'affidamento che le persone hanno posto sulle leggi del Paese in cui si trovano.⁵⁸

⁵⁸ TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Anno LX Fasc. 4, 2017, pag. 1418.

3.1 Il riconoscimento giuridico dei bambini nati da maternità surrogata all'estero

Pur restando valido che in un ordinamento che vieta la maternità surrogata, il genitore intenzionale non potrebbe creare un nuovo certificato di nascita per stabilire il legame di genitorialità con il bambino, la situazione diventa più complessa quando lo stesso ordinamento è chiamato a riconoscere i risultati di una decisione già legalmente formata all'estero. La scelta dell'ordinamento italiano di vietare la maternità surrogata attraverso il diritto penale è esplicita, ma presenta una significativa carenza nella prospettiva del benessere del bambino nato da questo procedimento, apparentemente in linea con l'idea che il rispetto della legge eviterebbe nascite "illegittime". Tuttavia, a ben vedere, la stessa legge n. 40/2004 si preoccupa di definire lo *status* giuridico dei bambini nati tramite PMA, anche se la gestazione è avvenuta in violazione del divieto di fecondazione eterologa (divieto parzialmente revocato dalla Corte costituzionale): dunque, questo ha indotto a pensare che il silenzio del legislatore riguardo allo *status* dei bambini nati da maternità surrogata non è tanto dovuto ad una mancanza normativa, quanto piuttosto ad una scelta intenzionale di lasciare agli interpreti il compito di bilanciare la tutela della dignità della donna con il diritto all'identità del bambino.⁵⁹

Dopo aver completato un trattamento di maternità surrogata, accade solitamente che molte coppie rientrino in Italia e presentino l'atto di nascita che, in conformità alla legislazione del Paese estero, attribuisce lo *status* legale di genitori ad uno o entrambi i membri della coppia committente, a seconda delle circostanze ed indipendentemente dal legame biologico sussistente. Il certificato di nascita viene trasmesso, ai sensi dell'art. 17 del d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396, dall'autorità consolare o diplomatica all'ufficiale dello stato civile italiano competente per la trascrizione, su richiesta dei genitori committenti.⁶⁰ In Italia, la regola che determina la maternità assegna questo *status* alla madre biologicamente coinvolta nell'evento del parto, anche se non è la

⁵⁹ PISTELLI F., *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, pag 11.

⁶⁰ FERNANDEZ SANCHEZ S., *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, fascicolo 2, 2017, pag. 244.

madre genetica. Per quanto riguarda la paternità, se il padre è sposato con la madre, legalmente la paternità viene automaticamente attribuita per presunzione, con la conseguenza che il padre intenzionale, anche se fosse il genitore biologico del figlio, non può rimuovere lo *status* di figlio nato nel matrimonio, ma può riconoscerlo solo dopo aver ottenuto il disconoscimento da parte della partoriente, del marito o del figlio stesso. Invece, al di fuori del matrimonio la paternità viene riconosciuta tramite un atto volontario e personale e, in assenza di contestazioni, viene confermata senza ulteriori verifiche. Per quanto riguarda la maternità, è importante notare che può essere contestata solo nei casi di supposizione di parto o sostituzione di neonato, il che significa che se la madre sociale e genetica non avesse partorito, non potrebbe contestare la maternità né vedere riconosciuta la propria posizione.⁶¹ Un'eccezione a questa regola si ha nel caso dei bambini nati attraverso l'uso delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, perché si presume che abbiano lo *status* di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha deciso di ricorrere a tali tecniche. Inoltre, se si ricorre a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo quindi con donazione di gameti esterni, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non potrà intraprendere azioni legali per disconoscere la paternità o impugnare il riconoscimento e la madre non potrà rinunciare al suo *status* di genitore, chiedendo di non essere nominata. In definitiva, i donatori esterni di gameti non avranno alcun rapporto giuridico con il nato e non potranno rivendicare diritti o essere soggetti a doveri nei suoi confronti.⁶² Ma queste regole non trovano applicazione alla maternità surrogata, per la quale la disparità di trattamento nelle legislazioni nazionali e la complessità delle relazioni giuridiche transfrontaliere creano terreno fertile per controversie ed incertezze: è necessario,

⁶¹ CORDIANO A., *Nuovi modelli genitoriali e la tutela del nato da surrogacy. Riflessioni a margine delle Sezioni Unite della Suprema Corte*, in *Family Law Magazine*, vol. 2020, n. 1, pagg. 55 – 77.

⁶² 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, né 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 [...]”.

quindi, decidere se il legame di filiazione stabilito tra il bambino e la coppia committente secondo le leggi del Paese straniero possa avere rilevanza giuridica anche nel nostro Paese. Questa situazione solleva domande riguardo la possibilità che tale soluzione violi la legge conducendo ad ipotesi di reato ovvero, sia contraria al principio dell'ordine pubblico. In diverse procure italiane, i pubblici ministeri hanno ipotizzato che la coppia italiana potrebbe essere accusata di alterazione di stato, come previsto dall'art. 567, comma 2 c.p. Questo reato si verifica quando vengono apportate modifiche false allo stato civile di un neonato attraverso certificazioni o attestazioni fasulle o, ancora, altre falsità. Secondo la nostra legge, qualsiasi azione volta a far apparire come madre una persona diversa da quella che ha partorito viene considerata un'alterazione dello stato. Questo significa che se viene attribuita consapevolmente la maternità di un neonato a una donna diversa da quella che lo ha partorito, è commesso un reato di alterazione di stato, che non si configura solo quando la madre gestante dichiara il bambino come suo legittimo figlio, ma anche quando il neonato viene dichiarato figlio della madre biologica che ha fornito l'ovulo fecondato ma non ha portato avanti la gravidanza. Tuttavia, la coppia italiana starebbe semplicemente seguendo le leggi del Paese in cui è nato il bambino e quindi l'atto di nascita originale, tradotto in lingua italiana e apostillato, viene poi trascritto nei registri civili italiani, anche se questo processo potrebbe portare a considerare il bambino come figlio della donna che non lo ha partorito e che spesso non ha alcun legame genetico con lui, il che diverge dallo *status* che avrebbe secondo la legge italiana. Perciò alcuni sostengono che la condotta che dovrebbe essere punita non è quella dei genitori al momento della formazione dell'atto di nascita all'estero, ma piuttosto la richiesta di trasferire questo atto nei registri civili italiani con un diverso *status* di parentela rispetto a quello previsto in Italia. Tuttavia, questa argomentazione non è convincente poiché la registrazione è semplicemente una forma di pubblicità nei registri italiani di ciò che è stato già formato all'estero, e non determina lo *status* di figlio.⁶³ Considerando gli stessi argomenti che escludono il reato di alterazione di stato, si potrebbe escludere anche la presenza del falso ideologico in atto pubblico compiuto dal pubblico ufficiale, indotto in errore dalle false dichiarazioni del privato *ex artt. 48 e 476 c.p.*, poiché l'ufficiale di

⁶³ TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Anno LX Fasc. 4, 2017, pag. 1422.

stato civile italiano non ha redatto alcun atto falso, ma si è limitato a trascrivere l'atto relativo a un cittadino italiano, formatosi all'estero.⁶⁴ Rimane da determinare se coloro che ricorrono alla surrogazione di maternità all'estero e dichiarano di essere i genitori del neonato al momento della trascrizione dell'atto di nascita in Italia, commettano il reato di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale su qualità personali, ex art. 495, comma 2 n. 1 c.p. Questo reato, volto a proteggere l'affidabilità delle dichiarazioni ufficiali, sanziona chi fornisce informazioni false a un pubblico ufficiale riguardanti l'identità, lo stato o altre qualità di sé stessi o di altri, prevedendo inoltre una circostanza aggravante se le dichiarazioni riguardano atti dello stato civile. Ma se lo *status* di figlio si è formato validamente all'estero, la dichiarazione non costituisce falsità non effettuando, il cittadino italiano, ulteriori dichiarazioni relative al proprio rapporto con il neonato. Infine, punire tali attestazioni in base all'art. 495 c.p. porterebbe ad una pena più severa rispetto a quella prevista dalla legge n. 40/2004 per coloro che realizzano, organizzano o pubblicizzano la surrogazione di maternità in Italia e ciò sarebbe irragionevole.⁶⁵

La questione della configurabilità o meno dei delitti richiamati venne affrontata anche dalla Cassazione Penale con sentenza n. 13525 del 10 marzo 2016 in relazione al caso della nascita di un minore da maternità surrogata in Ucraina, su commissione di una coppia italiana che fece trascrivere in Italia un certificato di nascita in cui loro venivano indicati come genitori del bambino. In particolare, gli imputati furono accusati di aver commesso, oltre alla violazione del divieto di surrogazione di maternità, anche la falsa attestazione di identità o qualità personali, l'alterazione dello stato civile di un neonato e la falsificazione di atti pubblici da parte di un pubblico ufficiale, indotto in errore dalle false dichiarazioni del privato. Assolti inizialmente da tutte le accuse per aver fatto affidamento a pratiche lecite nel Paese estero, il procuratore presentò ricorso in Cassazione sostenendo che il giudice aveva male interpretato la legge e trascurato alcuni fatti cruciali. Ma anche la Cassazione ebbe modo di chiarire che non c'era prova di un reato, avendo gli imputati semplicemente richiesto la registrazione di un atto ufficiale conforme alla legge straniera. Nello stesso anno, il 17 novembre, la

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Anno LX Fasc. 4, 2017, pag. 1423.

Cassazione Penale ha ribadito la stessa conclusione nella sentenza n. 48696: anche in questo caso la vicenda coinvolse una coppia di genitori committenti che avevano indicato come propri figli i bambini nati in seguito a maternità surrogata in Ucraina. Accusati di alterazione di stato civile dei neonati mediante false certificazioni, furono assolti dai giudici di merito perché il fatto non costituiva reato in base alla mancata prova certa del dolo generico.

Infatti la legislazione ucraina consente di ricorrere alla c.d. maternità surrogata eterologa, cioè con impianto e gestazione da parte di una donna terza rispetto alla coppia di ovuli fecondati in vitro e conferiti da una donatrice, anch'essa terza rispetto alla coppia e, in tal caso, considerare il nato come figlio dei coniugi committenti, con conseguente indicazione, nel certificato di nascita ucraino, della madre c.d. sociale quale genitrice, seppure non biologica.

In questo contesto normativo, dunque, gli imputati hanno agito nella convinzione che le certificazioni di nascita dei due gemelli loro rilasciate in Ucraina – e presentate all'Ambasciata per l'inoltro in Italia – fossero del tutto regolari e, dunque, senza consapevolezza di commettere un'alterazione di stato.

Ma al di là del versante di imputazione soggettiva, è interessante notare come, nel caso di specie, i giudici di legittimità abbiano considerato non ricorrenti i presupposti per ritenere integrata la condotta sanzionata dall'articolo 567 c.p., comma 2 già sotto il profilo materiale. Siffatta fattispecie, infatti, si realizza ogni volta in cui un soggetto, al fine di formare un atto di nascita, alteri lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

A ben vedere, nell'ipotesi in esame, i certificati di nascita dei gemelli stilati in Ucraina – che gli imputati hanno consegnato all'autorità consolare per la successiva trascrizione nei registri di stato civile ai sensi del combinato disposto del citato Decreto n. 396 del 2000, articoli 15 e 17 – non integrano una “falsa” certificazione o attestazione, poiché risultano, di contro, legittimi secondo la *lex loci*. Essi non costituiscono il frutto di un'attività decettiva né possono ritenersi comunque ideologicamente falsi, in quanto validamente formati nel rispetto della legge del Paese di nascita dei bambini.

3.2 La trascrizione dell'atto di nascita straniero e la questione della sua compatibilità con l'ordine pubblico

In Italia la legge n. 218/1995 nota come la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, stabilisce chiaramente all'art. 33, comma 1: "Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita". Tuttavia, il testo puntualizza che la legge straniera non viene applicata se i suoi effetti contraddicono l'ordine pubblico. Inoltre, le sentenze e i provvedimenti stranieri riguardanti i rapporti familiari hanno validità in Italia solo se non sono contrari all'ordine pubblico, in modo da preservare l'armonia e la coerenza interna dell'ordinamento giuridico italiano. Ma bisognerebbe chiedersi cosa si intende per "ordine pubblico". L'espressione fa riferimento a quei principi fondamentali e valori etici che sono ritenuti essenziali per il funzionamento e il benessere della società. Originariamente aveva lo scopo di impedire l'applicazione delle norme straniere che esprimevano principi in contrasto con quelli vigenti nell'ordinamento interno in un dato momento storico. Nonostante funga da barriera al riconoscimento di leggi e atti stranieri, la giurisprudenza ha progressivamente adottato una prospettiva più flessibile di questo concetto. La nuova concezione si fonda su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne. Questo approccio mira a favorire una maggiore apertura degli ordinamenti giuridici, consentendo una certa tolleranza verso norme e decisioni provenienti da contesti legali diversi, purché non violino in modo significativo i principi essenziali su cui si fonda l'ordinamento nazionale e ai quali lo Stato non può o non intende rinunciare. La giurisprudenza ha giocato un ruolo fondamentale nel ridefinire i contorni di questo limite attraverso alcune pronunce significative riguardanti certificati di nascita emanati all'estero, di cui si chiedeva la trascrizione in Italia, nonostante al nascituro fosse stata data vita attraverso la pratica della maternità surrogata. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 24001/2014, ha definito il concetto di ordine pubblico internazionale come il confine stabilito dall'ordinamento nazionale per regolare l'ingresso di norme e decisioni provenienti da altri Paesi, al fine di preservare la coerenza interna del proprio sistema legale a protezione della quale non può considerare solo i valori condivisi dalla comunità internazionale, ma deve

comprendere “*principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili*”.⁶⁶ Nel caso specifico, la Corte ha sostenuto che il divieto di maternità surrogata fosse certamente riconducibile alla sfera dell’ordine pubblico e non entrasse in conflitto neppure con la tutela del superiore interesse del minore, che risulterebbe meglio preservato dal legislatore italiano attraverso l’attribuzione della maternità a colei che partorisce, ovvero attraverso la previsione dell’istituto dell’adozione quale modo migliore per realizzare una genitorialità separata dal legame biologico, piuttosto che basarsi semplicemente su accordi tra le parti coinvolte.

Di segno opposto è, invece, una sentenza successiva, la n. 19599/2016, con la quale la Corte di Cassazione - influenzata dalle decisioni più recenti della Corte Europea dei diritti dell’Uomo (Corte EDU) - ha proposto un’interpretazione dell’ordine pubblico più aperta al contesto internazionale, ma comunque coerente con la Costituzione italiana.⁶⁷ Nello specifico la pronuncia ha stabilito che i giudici devono valutare se gli

⁶⁶ Cass., sez. I civ., 26 settembre 2014, sentenza n. 24001. I coniugi in causa avevano fatto ricorso alla pratica di maternità surrogata in Ucraina e il pubblico ministero, infatti, sosteneva fossero colpevoli per il delitto di alterazione di stato, sospettando la non veridicità della dichiarazione di nascita che avevano presentato senza dichiarare il ricorso a suddetta pratica. Il Tribunale di Brescia nominò un curatore speciale per il minore e lo affidò ai servizi sociali con collocazione presso gli apparenti genitori. Questi ultimi dichiararono che il figlio fosse stato generato attraverso la GPA, che in Ucraina è consentita e che nessuno dei due genitori fosse genitore biologico. Di conseguenza il tribunale dichiarò lo stato di adottabilità del minore. Successivamente anche la Corte d’appello di Brescia respinse l’appello dei coniugi sostenendo che era stata violata anche la legge ucraina sulla maternità surrogata, che ammette tale pratica solo a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro appartenga alla coppia genitoriale committente, condizione che nel caso di specie non sussisteva. Pertanto, si stabilì che il certificato di nascita ucraino e la legge ucraina sulla maternità surrogata erano contrari all’ordine pubblico italiano.

⁶⁷Cass., sez. I civ., 30 settembre 2016, sentenza n. 19599. Dal certificato di nascita del minore risultavano due madri, una spagnola e una italiana, una che lo ha partorito e l’altra che ha donato gli ovuli necessari per il concepimento attraverso PMA. Le donne richiesero la trascrizione dell’atto di nascita in Italia, ma ottennero un diniego da parte dell’ufficiale di stato civile italiano. Facendo ricorso in tribunale, ne ottennero il rigetto perché l’atto risultava contrastante con il principio di ordine pubblico. A diverso risultato giunse la Corte d’appello di Torino in base all’art. 33 della legge n. 218/1995. Anche la Corte di Cassazione arrivò alla conclusione per cui la difformità della legge spagnola rispetto a quella italiana non fosse causa di violazione dell’ordine pubblico di per sé, a meno che non si dimostrasse che la legge n. 40/2004 contenga principi fondamentali e costituzionalmente obbligati e che quindi non sarebbe consentito al legislatore italiano porre una disciplina analoga o assimilabile a quella spagnola. Ma nel caso di specie si trattava di temi eticamente sensibili in relazione ai quali l’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Inoltre, nel caso in questione la fattispecie nella quale una donna doni l’ovulo alla propria partner che partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un soggetto terzo ignoto, non costituiva un’ipotesi di maternità surrogata ma un’ipotesi di genitorialità realizzata all’interno della coppia e assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna: per l’averlo l’una partorito e l’altra trasmesso il patrimonio genetico.

atti stranieri contrastano con i diritti fondamentali dell'uomo, promossi non solo dalla Costituzione, ma anche dai Trattati internazionali e dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU). A tal proposito i giudici nazionali, non riscontrando nella legge n. 40/2004 dei principi immutabili, hanno negato la sussistenza di un contrasto con l'ordine pubblico, favorendo la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, specialmente in considerazione del superiore interesse del minore e del suo diritto alla continuità dello stato di filiazione. Tuttavia, è importante sottolineare che la tendenza è quella di confermare la validità della trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato per surrogazione in un Paese straniero, riconoscendo il legame con il genitore biologico e respingendo quello con il genitore esclusivamente intenzionale e quindi sociale.⁶⁸ In pratica, sembra che l'ordine pubblico torni a prevalere quando non c'è una connessione biologica: la derivazione biologica salva il legame con il genitore genetico anche se c'è un divieto assoluto, ma se questa connessione biologica manca, allora l'ordine pubblico prende il sopravvento.

In tema di riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero la Cassazione a Sezioni unite civili, con la sentenza n. 12193 del 2019, ha precisato come la compatibilità con l'ordine pubblico debba essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche nel modo in cui gli stessi principi hanno trovato attuazione nell'ordinamento interno e nell'ermeneutica giurisprudenziale.

Ciò posto le Sezioni Unite affermano che il divieto della surrogazione della maternità integra il principio di ordine pubblico posto a tutela della dignità della gestante e dell'istituto giuridico dell'adozione. Tuttavia, la tutela di siffatti valori, pur considerata prioritaria rispetto all'interesse del minore a mantenere i legami sviluppati con coloro che se ne prendono cura in assenza di un legame biologico, non esclude la possibilità di considerare il legame tra il genitore intenzionale e il bambino attraverso altri strumenti legali disponibili, come l'adozione in casi particolari.

Questa decisione si fonda su tre principali argomentazioni: l'importanza della derivazione genetica come fondamento e confine della genitorialità sociale, la penalizzazione del divieto e l'attenzione verso l'interesse del minore. Tuttavia, ciò

⁶⁸ CORDIANO A., *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, n.3, 2021, pag. 13.

solleva alcune questioni critiche. In primo luogo, la questione della verità nei contesti di procreazione assistita può risultare ambigua, poiché può riguardare sia la verità genetica sia quella legata alla gestazione e al parto. In secondo luogo, sembra che l'assolutezza del divieto ceda di fronte alla presenza della derivazione biologica del genitore, che prevale sull'ordine pubblico, evidenziando una subordinazione di quest'ultimo alla discendenza genetica. Inoltre, potremmo interrogarci se, nel caso in cui al nascituro sia stata data vita interamente con il materiale genetico della coppia committente, la derivazione biologica avrebbe prevalso sull'ordine pubblico, garantendo così il mantenimento del legame genitoriale acquisito all'estero. Questo solleva questioni ancora più complesse, considerando le diverse situazioni di derivazione genetica e le varie soluzioni giuridiche adottate.⁶⁹ Nel panorama sovranazionale il caso C c. Italia della Corte EDU ha nuovamente confermato l'importanza della connessione biologica con i natiricontrando una violazione dell'art. 8 CEDU in merito all'instaurazione di un rapporto legale genitore-figlio tra la ricorrente e il suo padre biologico e nessuna violazione per quanto riguarda il rapporto genitore-figlio tra la ricorrente e la madre desiderata.⁷⁰ Il caso verteva sul rifiuto delle autorità italiane di riconoscere il legame giuridico tra la ricorrente nata attraverso un accordo di maternità surrogata all'estero e il padre biologico e la madre intenzionale, come indicato nel suo certificato di nascita ucraino. La Corte EDU ha sottolineato che la mancata tempestività dei Tribunali italiani nel riconoscere il legame giuridico della ricorrente con il padre biologico, l'ha lasciata in uno stato di incertezza sulla sua identità e senza una parentela legalmente riconosciuta, rendendola essenzialmente apolide in Italia. Pertanto, la Corte ha ritenuto che le autorità italiane non abbiano adempiuto al loro obbligo di garantire il diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata, come previsto dalla Convenzione. Tuttavia, per quanto riguarda il rapporto genitore-figlio tra la ricorrente e la madre intenzionale, la Corte ha osservato che la legge italiana offre la possibilità di riconoscere legalmente il bambino attraverso l'adozione, anche se non consente la registrazione diretta dei dettagli del certificato di nascita. Di conseguenza, la Corte ha stabilito che non c'è stata alcuna violazione

⁶⁹ CORDIANO A., *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, n.3, 2021, pag. 17.

⁷⁰ Corte EDU, 30 novembre 2023, ric. n. 47196/21.

dell'articolo 8 della Convenzione in questo contesto, evidenziando la necessità di un approccio ponderato e tempestivo da parte delle autorità nazionali competenti. La CEDU ha recentemente sostenuto che la genitorialità intenzionale dovrebbe essere riconosciuta dagli Stati come genitorialità legale, lasciando loro la discrezionalità nella scelta dei metodi di riconoscimento, dall'accettazione dell'atto di nascita all'adozione.⁷¹

Sulla scia della precedente pronuncia del 2019, più di recente le Sezioni Unite, con la sentenza n. 38162 del 2022 hanno ribadito la necessità di valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dovrebbe essere valutata tenendo in considerazione non soltanto i principi fondamentali della Costituzione e delle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche il modo in cui questi principi si manifestano nell'interpretazione della giurisprudenza che modella il diritto vigente, creando un quadro dei valori fondamentali del sistema giuridico in un dato periodo storico e perciò flessibile e in continua evoluzione. È richiesta dunque una valutazione volta ad analizzare se gli effetti di una determinata situazione rispettano i limiti essenziali stabiliti dal diritto. Nel caso del riconoscimento della genitorialità d'intenzione nell'ambito della maternità surrogata, sono diverse e molteplici le considerazioni che vengono in rilievo, interessando diversi principi quali quello dell'autodeterminazione, del supremo interesse del minore, dell'uguaglianza e anche di solidarietà.

In ogni caso, indipendentemente dalle circostanze dell'atto e dagli obiettivi perseguiti, l'istituto della maternità surrogata, secondo opinioni giurisprudenziali riconfermate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 33/2021, arreca un danno inaccettabile alla dignità della donna e compromette profondamente i legami umani, di conseguenza non sarebbe consono ammettere automaticamente la trascrizione di una decisione giudiziaria straniera e, ancor meno, dell'atto di nascita volto ad identificare come genitore del bambino il genitore intenzionale, che insieme al padre biologico ha richiesto la nascita del bambino attraverso la surrogazione in un Paese straniero, anche se conforme alla legge locale.⁷² Tuttavia nelle decisioni relative ai minori è fondamentale dare priorità alla protezione dei migliori interessi del bambino e

⁷¹ GIUNCHEDI D., *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, in *il Corriere giuridico*, n. 10, 2019, pag. 1221.

⁷² Cass. Sez. Unite n. 38162/2022.

potrebbe quindi essere appropriato avviare un procedimento di adozione per garantire la stabilità e la sicurezza del bambino, anche nel caso in cui i genitori non siano ad esso biologicamente correlati. Da ultimo la Cassazione a Sezioni unite con la sentenza sopra richiamata, stabilendo che anche i bambini nati da maternità surrogata hanno il diritto fondamentale di essere riconosciuti, anche legalmente, come parte della famiglia con cui hanno instaurato un legame affettivo, ha ribadito che questo riconoscimento potrebbe essere garantito attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari in modo da conferirgli gli stessi diritti dei bambini nati in circostanze diverse e meno difficoltose.

3.3 Il ruolo del superiore interesse del minore

Nel tempo la maggior parte della giurisprudenza ha iniziato a ritenere che il divieto nazionale della maternità surrogata non fosse sufficiente per negare effetti legali ai provvedimenti esteri che riconoscono la filiazione. In questa interpretazione, si attribuisce al solo interesse del minore una tutela costituzionalmente obbligata e prioritaria, mentre altri interessi, come la dignità della donna, il principio di certezza del diritto e di legalità, sembrano essere considerati meno rilevanti.⁷³ Successivamente è stata la Corte Costituzionale a chiarire che un bilanciamento di questi interessi è necessario e che il divieto generale di surrogazione di maternità non deve essere messo in discussione, anche se molti bambini nascono in violazione di tale divieto. Da un lato si offrono al giudice diversi strumenti argomentativi per proteggere i bambini nati da maternità surrogata, ma, dall'altro, si indica come parametro per il bilanciamento anche il valore negativo della pratica. Con la sentenza n. 272/2017, infatti, la Corte Costituzionale ha affermato che il bilanciamento comporta un giudizio comparativo tra gli interessi in gioco e che il giudice deve tener conto di variabili complesse, quali la durata del legame genitoriale e quindi l'identità che ne deriva, o ancora le modalità del concepimento e della gestazione.⁷⁴ In effetti, a proposito della durata del rapporto

⁷³ CECCHINI S., *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, 2019, pag. 17.

⁷⁴ Corte Cost., 22 novembre 2017, n. 272. Il tribunale per i minorenni di Milano, nell'ambito di un procedimento volto ad accertare lo stato di abbandono di un minore, autorizzò il curatore speciale a promuovere un'azione di impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità ai sensi dell'art. 263 c.c. (impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità), dinanzi al Tribunale ordinario. In seguito alle indagini condotte dalla procura per i minorenni, infatti, si rilevò che il minore

di genitorialità potrebbe intercorrere un periodo di tempo considerevole tra il momento in cui il bambino viene affidato alla coppia committente e l'ufficializzazione della relazione formata all'istituto da parte dell'autorità nazionale competente.⁷⁵ Inoltre, riguardo le diverse modalità di concepimento e gestazione, esiste una differenza significativa tra la surrogazione di maternità in cui l'ovulo fecondato proviene dalla stessa donna che porta avanti la gravidanza e quella in cui il bambino è concepito tramite l'unione dei gameti dei genitori surrogati senza alcun legame genetico con la donna che lo porta in grembo. Nel secondo caso, il giudice potrebbe essere incline a proteggere maggiormente il legame stabilito tra il bambino e i genitori intenzionali.⁷⁶ In conclusione, questo approccio mira a garantire decisioni equilibrate che rispettino i diritti fondamentali delle parti coinvolte. Una soluzione più accurata potrebbe essere garantita, secondo alcuni, attraverso il ricorso a strumenti legali, che consentano la costituzione di un legame giuridico con il genitore contestato, come l'adozione in casi particolari, che è in grado di garantire tanto l'interesse del minore alla continuità del rapporto con la madre intenzionale quanto la verità del parto.⁷⁷ L'adozione sopra

fosse nato da maternità surrogata, con ovodonazione. Il Tribunale ordinario stabilì che il minore non fosse figlio della donna che lo aveva riconosciuto. Questa decisione fu impugnata e la Corte d'appello sollevò una questione di legittimità costituzionale dell'articolo in questione, sostenendo che non prevedeva che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità potesse essere accolta solo se rispondente all'interesse del minore. Ritenne tale disposizione contraria agli articoli 2,3, 30,31 e 117 della Costituzione, in quanto non contemplasse esplicitamente l'interesse del minore come criterio fondamentale. La Corte costituzionale respinse la questione, ritenendo che attraverso un'interpretazione equilibrata fosse possibile bilanciare la verità dello *status* di filiazione con gli altri interessi coinvolti, in particolare con il concreto interesse del minore.

⁷⁵ PISTELLI F., *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, pag 5.

⁷⁶ CUCINOTTA L., *La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272*, in *Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, 2018, pag. 201.

⁷⁷ La legge n. 184/1983 (Diritto del minore ad una famiglia) negli art. 44 e seguenti definisce l'adozione in casi particolari per tutelare il diritto del minore alla famiglia in situazioni che non avrebbero consentito di giungere ad un'adozione piena ma nelle quali l'adozione rappresenta una soluzione opportuna ed auspicabile. L'art. 44 precisa che i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7, quindi lo stato di abbandono dichiarato ai sensi di tale norme, nei casi specifici elencati:

- a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre;
- b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;
- c) quando il minore sia portatore di handicap ai sensi della legge 104/1992 e sia orfano di padre e di madre;
- d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

prospettata, infatti, rappresenta una sorta di chiusura del sistema adottivo, necessaria a preservare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra l'adottante e l'adottato, consentendo al minore di mantenere i legami sviluppati con coloro che si sono presi cura di lui. Nell'ipotesi appena definita è agevole rilevare che, anche nel caso della maternità surrogata e volendo tutelare l'effettivo interesse del minore, si potrebbe garantire continuità nella relazione con i genitori surrogati. Lo strumento dell'adozione in casi particolari consente di dare riconoscimento giuridico al legame di fatto tra bambino, riconoscendogli lo *status* di figlio e il partner del genitore biologico, che ha partecipato al progetto di genitorialità e si è occupato del bambino fin dalla nascita. Pare quindi che la giurisprudenza abbia involontariamente ampliato il campo interpretativo dell'adozione in casi particolari, aprendo la strada a nuove possibilità di riconoscimento dei legami familiari che emergono in seguito alla maternità surrogata.⁷⁸ Questa forma di adozione, tuttavia, è condizionata all'approvazione del genitore biologico che detiene la responsabilità e l'affidamento genitoriale: nei casi in cui il genitore biologico non sia in grado (ad esempio, a causa di un decesso prematuro) o non desideri (a causa di una crisi nella coppia) dare il proprio consenso all'adozione, ogni possibilità di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore che ha assunto la responsabilità al momento della nascita o con il quale si è instaurato un rapporto affettivo e di cura, rimarrebbe negata.⁷⁹ In base alla strutturazione di questo sistema, né l'ipotetico genitore biologico né il bambino nato da maternità surrogata hanno mezzi per favorire l'instaurazione del legame genitoriale con il genitore che non ha legami genetici con il nato, né per far valere i suoi relativi doveri. Nonostante la Corte sia consapevole dell'ostacolo rappresentato dalla situazione, ritiene comunque che questo aspetto non sia sufficiente a giustificare

In ogni caso deve verificarsi che l'adozione in casi particolari realizzi il preminente interesse del minore (art 57, comma 1).

⁷⁸ CUCINOTTA L., *La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272*, in *Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, 2018, pag. 203.

⁷⁹ PISTELLI F., *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, pag 23.

un presunto diritto del “secondo” genitore o del minore stesso alla trascrizione dell’atto di nascita formato all’estero.⁸⁰

La questione continua a porre sullo stesso piano due interessi che richiedono un bilanciamento accurato perché da un lato c’è quello di reprimere la surrogazione di maternità, considerandola un fenomeno dannoso per la dignità della donna e per le relazioni umane; dall’altro lato c’è l’interesse del minore a sviluppare la propria identità, compreso il diritto al nome, alla nazionalità, alla vita familiare e ad altri diritti soggettivi protetti dalle Convenzioni internazionali. Ci troviamo quindi nuovamente al punto di partenza a chiederci se il giudice italiano possa assicurare la tutela dei minori nati all’estero tramite la pratica della maternità surrogata, oppure se il giudizio negativo su questa procedura debba avere la precedenza.⁸¹ La questione del riconoscimento legale dei bambini nati attraverso la gestazione per altri all’estero può essere esaminata da due prospettive opposte: la prima è “puerocentrica” considerando il benessere del bambino come prioritario e ispirata dal diritto internazionale; la seconda è “adultocentrica”, più rigida e mira a reprimere completamente la maternità surrogata.⁸² Per rispondere a questa domanda, la giurisprudenza ha chiamato in causa il legislatore, suggerendo che il procedimento adottivo in casi particolari in questione necessiterebbe di una maggiore celerità e di un cambiamento nella pratica dell’assenso condizionante del genitore biologico dell’adottando.⁸³ In altre parole, la Corte riconosce che, sebbene l’adozione in casi particolari possa offrire una soluzione per garantire al nascituro una famiglia e un ambiente adeguati, il processo attuale richiede una revisione per renderlo più efficiente e per eliminare gli ostacoli legati all’assenso del genitore biologico. Questo suggerimento di riforma del processo adottivo mira a proteggere meglio i diritti del minore e a facilitare il suo inserimento in un contesto familiare stabile e amorevole. In caso di mancato intervento legislativo, la Corte

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ CUCINOTTA L., *La difficile ricerca dell’identità per i nati da maternità surrogata. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272*, in *Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, 2018, pag. 201.

⁸² WINKLER M., *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all’estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *il Corriere Giuridico*, n. 10, 2019, pag. 1226.

⁸³ FIORE R., *La gestazione per altri*, (a cura di) MARTORANA M., *Maternità surrogata*, Milano, 2023, pag. 43.

Costituzionale ha indicato, nella sentenza n. 33/2021 con una decisione monito, la sua volontà di intervenire direttamente per colmare eventuali lacune normative, sottolineando inequivocabilmente che il diritto e l'interesse di un bambino, cresciuto sin dalla nascita da una coppia che ha preso congiuntamente la decisione di farlo venire al mondo, è quello di avere riconosciuti anche giuridicamente i legami che, nella realtà pratica, già lo uniscono a entrambi i membri della coppia senza che questo abbia alcuna influenza sui rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata.⁸⁴ Nel tentativo di superare l'antico dibattito tra *favor legitimatis* e *favor veritatis*, si delinea una nuova figura che si pone al di sopra delle altre due: il *favor minoris*. Quest'ultimo è caratterizzato da due elementi chiave: il *favor filiationis* ed il *favor affectionis*. Il primo evidenzia l'interesse del bambino a ottenere una conferma formale del proprio *status* di figlio e a mantenere il legame genitoriale, invece il secondo enfatizza l'importanza del dato volitivo rispetto a quello biologico e comprende l'aspirazione genitoriale, la volontà di assumersi responsabilità genitoriali e il mantenimento di un legame affettivo con il bambino.⁸⁵

4. Il contesto europeo: l'impatto della giurisprudenza della Corte EDU

Considerati i rapidi sviluppi delle tecnologie di riproduzione assistita, non sorprende che anche la Corte EDU abbia voluto affrontare la questione, soprattutto con riferimento al diritto al rispetto della vita familiare, ai sensi dell'articolo 8 della CEDU, chiedendosi se esso comprenda il diritto di riprodursi utilizzando tale tecnologia.⁸⁶ Nel 2011 con il caso S.H e altri c. Austria, la Grande Camera riconosceva che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di avvalersi a tal fine della PMA è tutelato dall'articolo in argomento, in quanto tale scelta è espressione della vita privata e

⁸⁴ CARLOTTO I., *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.3, 2021, pag. 10.

⁸⁵ CORDIANO A., *Nuovi modelli genitoriali e la tutela del nato da surrogacy. Riflessioni a margine delle Sezioni Unite della Suprema Corte*, in *Family Law Magazine*, vol. 2020, n. 1, pagg. 55 – 77.

⁸⁶ Art. 8 CEDU: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza (comma 1). Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui (comma 2)».

familiare dei singoli soggetti. In un secondo momento alcuni casi a Strasburgo si sono concentrati in particolare sulla maternità surrogata e sul riconoscimento giuridico dei bambini nati a seguito di questa pratica, influenzando la giurisprudenza degli Stati membri. Innanzitutto, con la sentenza *Mennesson c. Francia* del 2014, la Corte ha respinto l'argomento secondo cui vi fosse stata una violazione del diritto al rispetto della vita familiare. Ha sottolineato che i ricorrenti non avevano fornito prove sufficienti per dimostrare che l'incapacità di ottenere il riconoscimento legale della relazione genitore-figlio secondo la legge francese avesse impedito loro di godere pienamente del diritto alla vita familiare, anzi avevano mantenuto una vita familiare stabile. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto una violazione separata dei diritti dei minori al rispetto della loro vita privata. Ha evidenziato che il legame legale tra genitori e figli rappresenta un aspetto fondamentale dell'identità individuale e che il suo riconoscimento legale è protetto ai sensi dell'art. 8 CEDU. Ciò significa che il mancato riconoscimento giuridico di un legame familiare costituisce una violazione dei diritti fondamentali di un individuo.⁸⁷ Dopo la spinta della Corte di Cassazione francese e ai sensi del Protocollo 16 della Convenzione, la Corte EDU nel suo primo parere consultivo ha affrontato uno dei temi più problematici degli ultimi anni: l'ipotesi di un bambino che nasca attraverso un accordo di maternità surrogata all'estero, dove la madre intenzionale viene designata come madre legale nel certificato di nascita.⁸⁸ La Corte EDU fu chiamata a rispondere su due quesiti specifici così formulati:

⁸⁷ Corte EDU, 26 settembre 2014, ric. n. 65192/11. Una coppia di individui dello stesso sesso aveva ottenuto il riconoscimento della genitorialità su due gemelli nati attraverso l'uso di una surrogata in California, sulla base della legge californiana che attribuiva genitorialità ad entrambi i partner. Tuttavia, la Corte Suprema francese considerava l'atto in violazione della legge, poiché in Francia il contratto e i suoi risultati sarebbero in contrasto con l'ordine pubblico. Il governo francese non accettava il legame di parentela stabilito dallo stato della California creando una situazione di limbo giuridico ai due gemelli. I ricorrenti lamentavano il rifiuto della Francia di riconoscere un rapporto legale di filiazione tra i bambini nati all'estero a seguito di un accordo di maternità surrogata e gli aspiranti genitori, sostenendo che ciò era dannoso per l'interesse superiore del bambino.

⁸⁸ È importante tenere a mente che il protocollo in questione è facoltativo, il che significa che si applica solo agli Stati che lo hanno ratificato e, inoltre, consente alle Corti più alte degli Stati contraenti, individuate dallo stesso Stato al momento della ratifica, di chiedere alla Corte europea pareri consultivi su questioni di principio, riguardanti l'interpretazione e l'applicazione dei diritti definiti dalla CEDU e dai suoi protocolli. Tuttavia, i pareri emessi non sono vincolanti, e spetta ai tribunali nazionali determinare le conseguenze pratiche dell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo per ciascun caso specifico. Le motivazioni dietro a questo nuovo meccanismo sono due. In primo luogo, c'è l'intenzione di promuovere il dialogo tra i giudici e di creare una cultura comune riguardo ai diritti fondamentali. In secondo luogo, c'è anche l'obiettivo di alleggerire il carico di lavoro della Corte nel lungo periodo, poiché si spera che la diffusione di chiarimenti interpretativi possa ridurre il numero di casi che arrivano alla Corte stessa. In ogni caso, il protocollo ha introdotto una significativa innovazione

- Rifiutando di iscrivere nel registro delle nascite, dei matrimoni e dei decessi gli estremi dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero in seguito ad un regime di maternità surrogata, in quanto tale certificato designa come madre legale quella intenzionale, pur accettando la registrazione nella parte in cui il certificato designa il padre intenzionale, che è il padre biologico del bambino, uno Stato sta oltrepassando il suo margine di apprezzamento ai sensi dell'art. 8 CEDU? A questo proposito occorre fare una distinzione a seconda del modo in cui è stato concepito il bambino, utilizzando o meno gli ovuli della madre intenzionale?
- In caso di risposta affermativa ad uno dei due quesiti di cui sopra, la possibilità per la futura madre di adottare il figlio del coniuge, suo padre biologico, essendo questo un mezzo per stabilire il rapporto legale madre-figlio, garantirebbe il rispetto dei requisiti previsti dall'art. 8 CEDU?

La rilevanza della questione in discussione è stata resa evidente anche perché ci sono stati molti soggetti esterni che hanno partecipato attivamente al procedimento giudiziario. Infatti, oltre alle parti coinvolte nel procedimento nazionale, hanno presentato le proprie osservazioni l'Ombudsman francese, il Centro di Studi di genere dell'università di Trento, alcune organizzazioni non governative e alcuni Stati che avevano già ratificato il protocollo. La Corte ribadendo la funzione del Protocollo, che mira a esprimere un parere su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione della CEDU senza sostituirsi alla giurisdizione nazionale, ha sottolineato di non avere competenza per valutare i fatti o gli argomenti delle parti, poiché spetta al giudice nazionale trarre conclusioni dal parere per risolvere il caso specifico, offrendo i pareri solo un supporto interpretativo anche per situazioni simili. La Corte ha chiarito di dover limitare il proprio intervento sui due quesiti presentati dalla Corte di Cassazione francese in considerazione del caso specifico. Pertanto, poiché la controversia riguardava una situazione di maternità surrogata in cui non è stato utilizzato il materiale biologico della madre, la Corte ha precisato che il suo parere non avrebbe riguardato l'ipotesi in cui tale materiale viene invece utilizzato nel processo di surrogazione della maternità. La Corte ha affermato che il diritto del

nel sistema di tutela dei diritti fondamentali e nel rapporto tra sistema giuridico nazionale e sovranazionale.

bambino al rispetto della sua vita privata richiede che il diritto interno offra la possibilità di riconoscere legalmente il rapporto di filiazione con la madre intenzionale. Essa ha sottolineato che, anche se non era il caso specifico in esame, riconoscere lo *status* di genitore apparirebbe ancora più fondamentale quando il materiale genetico della madre committente è stato utilizzato nella maternità surrogata. Con riferimento al secondo quesito, la scelta dei mezzi con cui ottenere il riconoscimento legale è lasciata alla discrezionalità dello Stato, ma una volta che il rapporto tra il minore e la madre intenzionale è divenuto una realtà pratica, la procedura scelta deve poter essere attuata tempestivamente ed efficientemente. La Corte ha chiarito che, sebbene il divieto di maternità surrogata sia una questione di discrezione nazionale, tale divieto può costituire una violazione del diritto di identità del nascituro poiché impedisce la registrazione della sua situazione familiare. Inoltre, la mancata trascrizione dei certificati di nascita potrebbe compromettere anche i diritti successori del bambino e il suo diritto all'identità sociale, inclusa la cittadinanza.⁸⁹ Anche se l'art. 8 CEDU non garantisce il diritto di ottenere una specifica cittadinanza, la Corte ha riconosciuto comunque che la cittadinanza è un elemento caratterizzante l'identità delle persone nel caso *Labassee c. Francia*.⁹⁰ Con queste sentenze sembra emergere chiaramente un principio orientato a superare, nei casi di maternità surrogata, il limite dell'ordine pubblico, ponendo l'accento sul superiore interesse del minore.⁹¹ La giurisprudenza suggerisce che anche in assenza di un accordo comune tra gli Stati su come regolare un certo fenomeno, il margine di apprezzamento a loro disposizione non consente condotte che violino dei diritti fondamentali. In un caso successivo che ha interessato proprio il nostro Paese, (*Paradiso e Campanelli c. Italia*)⁹², la Camera

⁸⁹ RAINEY B., MCCORMICK P., OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2021, pag. 382.

⁹⁰ Corte EDU, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11. Una coppia eterosessuale coniugata, a causa dell'infertilità della donna, aveva stipulato un accordo di surrogazione di maternità in Minnesota negli Stati Uniti, che aveva consentito loro di divenire negli Stati Uniti genitori legali di una bambina.

⁹¹ TONOLO S., *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Mulino – Rivisteweb*, Diritti umani e diritto internazionale (ISSN 1971-7105) Fascicolo 1, 2015, pag. 203.

⁹² Corte EDU, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12. I ricorrenti avevano stipulato un accordo di maternità surrogata all'estero e il nato non era biologicamente imparentato con nessuno dei due ricorrenti. In Russia aveva ottenuto un riconoscimento di paternità, ma quando tentarono di registrare il suo atto di nascita in Italia furono indagati per averlo introdotto nel paese contravvenendo alle leggi sull'adozione. L'accusa sosteneva che i ricorrenti avessero tenuto una condotta illegale al fine di ottenere la trascrizione

aveva riscontrato una violazione dell'art. 8 perché considerava l'allontanamento del minore dall'ambiente familiare, promosso dal giudice italiano, una misura estrema che dovrebbe essere utilizzata solo come ultima risorsa quando finalizzata a proteggere un minore che si trovi ad affrontare un pericolo immediato. Tuttavia, la Grande Camera ha rovesciato la decisione precedente, accogliendo una visione più restrittiva della maternità surrogata. Infatti, pur ammettendo l'esistenza di un progetto genitoriale e il legame affettivo sviluppato tra i ricorrenti e il minore, ha ritenuto che non vi fosse alcuna "vita familiare" tra loro per l'assenza di qualsiasi legame biologico, la breve durata della relazione e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico. Secondo la Grande Camera "accettare di lasciare il minore presso i ricorrenti, eventualmente allo scopo di diventarne i genitori adottivi, equivarrebbe a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di importanti norme del diritto italiano", quali l'adozione. La Corte europea, in modo evidente, non si è mai occupata della questione etica legata alla maternità surrogata e quindi la sua legittimità e compatibilità con i diritti umani, ma si è limitata a rispettare il ruolo assegnatole e verificare solo se gli Stati membri avessero applicato correttamente la CEDU, concentrandosi sull'impatto che le decisioni politiche nazionali hanno sui diritti dei genitori biologici, di quelli intenzionali e dei nati da maternità surrogata.⁹³ La posizione della Corte EDU sembra essere ragionevole su diversi fronti: da un lato riconosce la complessità della questione trattata, consentendo agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità e dall'altro sostiene che quando le normative nazionali sono significativamente diverse, come nel caso del riconoscimento della filiazione, tale riconoscimento debba essere rispettato per evitare situazioni in cui un bambino considerato figlio di genitori specifici in un Paese venga considerato senza genitori in un altro. La Corte sembra suggerire che l'adozione di misure volte a scoraggiare il ricorso a tecniche come la maternità surrogata potrebbe essere legittima, a patto che i diritti dei minori siano rispettati.⁹⁴ È

della nascita e di aggirare le leggi italiane. Di conseguenza il bambino fu sottratto alle loro cure e successivamente adottato da un'altra famiglia.

⁹³ FERNANDEZ SANCHEZ S., *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, fascicolo 2, 2017, pag. 248.

⁹⁴ TRINCHERA T., VALLAR G., *La surrogazione di maternità all'estero tra riconoscimento dello status filiationis e profili di responsabilità penale*, in *Rights on the move, Rainbow families in Europe – Conference proceedings*, 2014, pag. 246.

evidente la necessità di una riforma completa del settore, che dovrebbe riguardare non solo l'evoluzione del concetto di famiglia, quanto anche l'interesse del minore a non subire limitazioni nel riconoscimento della propria identità, del proprio nome e della cittadinanza.⁹⁵

4.1 La proposta di un certificato europeo di filiazione

Le regole e i principi provenienti da fonti esterne, come trattati internazionali e convenzioni, possono avere un impatto significativo sulle leggi e sui sistemi legali interni di uno Stato.⁹⁶ Sebbene in Italia il dibattito politico nazionale sia ancora pervaso da una marcata ostilità nei confronti della maternità surrogata, in ambito comunitario, la Commissione europea ha presentato una proposta di regolamento il 7 dicembre 2022, esprimendo la volontà di facilitare il riconoscimento dello *status filiationis* fra Stati membri, promuovendo l'affermazione della presidente della Commissione Ursula von der Leyen nel 2020, secondo cui «*If you are parent in one country, you are parent in every country*». Questa iniziativa, che ha ricevuto sostegno dal Parlamento europeo, si concentra principalmente sulla posizione del minore e sul suo benessere, cercando di garantire che cresca con due genitori responsabili che abbiano la piena autorità genitoriale, indipendentemente dal loro orientamento sessuale o dalle modalità di concepimento o nascita.⁹⁷ Inoltre, si distingue per il suo impegno a separare questa questione dal contesto dello sfruttamento e del traffico di esseri umani, tra cui rientrerebbe anche la posizione della donna coinvolta nella maternità surrogata.⁹⁸ Il regolamento proposto, oltre a rispondere alle esigenze prospettate, si propone di istituire il certificato europeo di filiazione, che i minori (o meglio i loro rappresentanti legali) possono richiedere facoltativamente ed utilizzare per attestare la loro filiazione

⁹⁵ VARANO C., *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in *Famiglia e diritto* 8-9, 2017, pag. 836.

⁹⁶ BARATTA R., *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Il Mulino – Rivisteweb, Diritti umani e diritto internazionale (ISSN 1971-7105)*, Fascicolo 2, 2016, pag. 310.

⁹⁷ FIORE R., *La gestazione per altri*, (a cura di) MARTORANA M., *Maternità surrogata*, Milano, 2023, pag. 40.

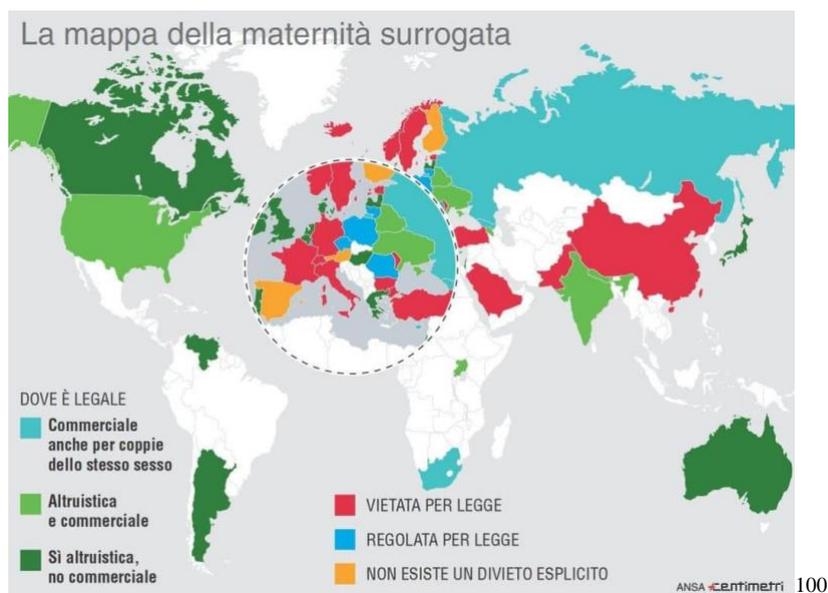
⁹⁸ PISTELLI F., *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, pag. 32.

in un altro Stato membro dell'Unione Europea. D'altronde anche la giurisprudenza europea ha evidenziato che avendo un cittadino di uno Stato membro, in qualità di cittadino dell'UE, il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri *ex art. 21, comma 1, TFUE*, allora avrà anche il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante che in quello di cui ha la cittadinanza.⁹⁹ La proposta si inserisce quindi in un quadro più ampio, dove l'UE si impegna a promuovere uno spazio di libertà e giustizia, garantendo la libera circolazione delle persone e il rispetto dei diritti fondamentali e viene riconosciuta come un'azione chiave nella strategia dell'UE sui diritti dei minori e in quella per l'uguaglianza LGBTIQ+. Il regolamento proposto mira anche a garantire la certezza del diritto e la prevedibilità delle norme in materia di competenza internazionale, riducendo i costi e gli oneri legali per le famiglie e i sistemi giudiziari degli Stati membri in relazione ai procedimenti per il riconoscimento della filiazione in un altro Stato membro, garantendo il riconoscimento della filiazione accertata in uno Stato membro in tutti gli altri Stati. Si prevede che ciò contribuirà significativamente a garantire i diritti fondamentali dei minori e a semplificare la vita familiare in un contesto transfrontaliero, in linea con i valori e gli obiettivi dell'UE. Le leggi attuali dell'UE disciplinano il riconoscimento delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici in vari settori rilevanti per i minori in situazioni transfrontaliere, come la responsabilità genitoriale, le obbligazioni alimentari e la successione. Inoltre, il regolamento sui documenti pubblici si occupa dell'autenticità di documenti in settori specifici, come la nascita, la filiazione e l'adozione, ma non affronta il riconoscimento del loro contenuto. L'adozione di norme comuni in merito alla competenza internazionale, alla legge applicabile per stabilire il riconoscimento della filiazione in un altro Stato membro, integrerebbe la legislazione esistente dell'UE in materia di successione e diritto di famiglia, semplificandone l'applicazione poiché la filiazione rappresenta un passaggio preliminare necessario prima di applicare le attuali normative dell'UE. La vincolatività caratterizzante i regolamenti europei comporterebbe diverse conseguenze e cambiamenti nel contesto legale e amministrativo del nostro Paese, perché il regolamento europeo garantirebbe che le norme sull'accertamento della filiazione siano uniformi e armonizzate in tutti gli Stati membri, quindi le disposizioni

⁹⁹ Corte di giustizia UE, sentenza 13 settembre 2016, causa C-165/14.

relative alla filiazione sarebbero le stesse in tutta l'Unione, riducendo la disparità normativa tra i Paesi. Potrebbero introdursi procedure standardizzate e semplificate per l'accertamento della filiazione, facilitando così i processi giudiziari e amministrativi in materia di filiazione. Le autorità italiane potrebbero applicare l'ordine pubblico nazionale solo in circostanze eccezionali e per motivi giustificati, senza che ciò possa ostacolare il riconoscimento delle decisioni giudiziarie o degli atti di accertamento della filiazione emessi in altri Stati membri. In sintesi, l'adozione di un regolamento europeo sull'accertamento della filiazione comporterebbe una maggiore armonizzazione normativa a livello europeo, semplificando i procedimenti e garantendo una maggiore protezione dei diritti dei minori in contesti transfrontalieri. In sintesi, il regolamento europeo garantirebbe che, pur mantenendo la libertà di decidere sulle pratiche specifiche come la maternità surrogata, i Paesi dell'UE debbano comunque rispettare e riconoscere la genitorialità stabilita legalmente in un altro Stato membro, indipendentemente dalle circostanze specifiche della concezione o della nascita del bambino. È importante ricordare che l'Italia ha scelto di non aderire alla proposta di Regolamento del Consiglio riguardante la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento delle decisioni e l'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione, nonché la creazione di un certificato europeo di filiazione.

5. *“Outside Italy”: uno sguardo d’insieme al panorama sovranazionale*



¹⁰⁰ Redazione ANSA, 2016.

Ultimamente, i media italiani sembrano suggerire che il divieto totale della maternità surrogata faccia sembrare l'Italia un Paese arretrato, incapace di rispettare la piena autodeterminazione individuale nelle scelte personali e affettive.¹⁰¹ Tuttavia il nostro Paese non è certamente solo nel tentativo di contrastare la pratica della maternità surrogata, che in molti altri Paesi è vietata e talvolta perseguita penalmente con un modello proibizionistico, un esempio è la Francia. Alcuni, invece, adottando un modello più permissivo, consentono la maternità surrogata solo se soddisfa precisi criteri stabiliti dalla legge, come ad esempio il requisito che sia di natura altruistica anziché commerciale, come avviene in Danimarca. In altri contesti, manca una regolamentazione specifica sulla maternità surrogata, il che crea un ambiente ambiguo in cui tali accordi potrebbero essere considerati nulli o non applicabili in base ai principi generali del diritto. Infine, ci sono Paesi in cui questa pratica è sfruttata anche a fini commerciali da agenzie specializzate che operano come intermediari per scopi di lucro, come accade in Ucraina, in cui l'accesso alla maternità surrogata avviene tramite agenzie e cliniche private che si occupano di fornire i servizi legati alle procedure di fecondazione assistita.¹⁰²

Una ricerca condotta dalla Direzione Generale delle Politiche Interne del Parlamento Europeo ha esaminato le questioni politiche e giuridiche legate alla pratica della maternità surrogata a livello nazionale, europeo e globale. L'esito di questa panoramica ha evidenziato la mancanza di una tendenza giuridica specifica nell'Unione Europea in merito, nonostante tutti gli Stati membri sembrano concordare sulla necessità di definire chiaramente i genitori legali e lo stato civile del minore.¹⁰³ Questa varietà di approcci legali in materia di maternità surrogata riflette una complessa gamma di valori culturali, etici e giuridici che influenzano la sua accettazione e regolamentazione in tutto il mondo. La scelta del Paese in cui

¹⁰¹ SGORBATI B., *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.2, 2016, pag. 113.

¹⁰² BARATTA R., *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Il Mulino – Rivisteweb, Diritti umani e diritto internazionale (ISSN 1971-7105)*, Fascicolo 2, 2016, pag. 313.

¹⁰³ STEFANELLI S., *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021, pag. 138.

intraprendere la maternità surrogata è cruciale nel percorso verso la genitorialità e dipende non solo dall'origine della donna disposta a portare avanti la gravidanza, ma anche dalla presenza di una legislazione che consenta di regolare il legame genitoriale secondo i desideri della coppia committente ed in base alle risorse finanziarie a disposizione della stessa coppia. Prima dello scoppio della guerra, era proprio l'Ucraina uno dei Paesi più frequentemente scelti dai cittadini italiani per praticare la maternità surrogata, scelta spesso motivata dalla maggiore accessibilità economica rispetto ad altre nazioni. Tuttavia, anche in Ucraina esistono condizioni da rispettare per accedere a questa pratica, che è considerata un trattamento per l'infertilità e riservata esclusivamente alle coppie eterosessuali sposate, che devono contribuire almeno al 50% del patrimonio genetico del nascituro.¹⁰⁴ Queste restrizioni escludono di fatto le coppie omosessuali e altre coppie che non soddisfano tali requisiti genetici. Di conseguenza, le coppie che non possono soddisfare questi criteri si rivolgono ad altri Paesi per accedere alla maternità surrogata. Un esempio notevole è la California, dove le leggi sulla maternità surrogata sono più liberali e consentono una maggiore flessibilità riguardo alle condizioni e ai requisiti per i genitori surrogati. Questo permette alle coppie omosessuali e a quelle che non possono soddisfare i requisiti previsti in Ucraina di trovare un'alternativa accessibile e legale per realizzare il loro desiderio di genitorialità tramite la surrogazione.

La maternità surrogata a livello internazionale è diventata un fenomeno globale di vasta portata: le coppie in cerca di genitorialità provengono da tutte le parti del mondo e viaggiano in vari Stati per trovare una soluzione. Inoltre, spesso un singolo accordo può coinvolgere più di due Paesi, rendendo il quadro normativo ancora più complesso. Determinare il numero preciso di accordi internazionali di maternità surrogata è estremamente difficile perché manca un registro centralizzato o un sistema di monitoraggio globale per tracciarli. Allo stesso modo, la crescita delle cliniche o delle agenzie che offrono servizi correlati alla maternità surrogata è altrettanto difficile da quantificare. Tuttavia, è evidente che il turismo procreativo sta diventando sempre più diffuso e le differenze nelle leggi nazionali degli Stati possono dare origine a

¹⁰⁴ RAPISARDI R., *Maternità surrogata, come funziona nel mondo*, in *L'Espresso – La mappa*, 2023.

complesse questioni di diritto internazionale privato riguardanti l'istituzione, la contestazione e il riconoscimento della parentela legale dei bambini.

Per affrontare questa complessa realtà, il Bureau Permanente della Conferenza dell'Aia sul diritto internazionale privato, su richiesta dei suoi membri, ha avviato ricerche sin dal 2012 riguardanti lo *status* legale dei bambini nati da accordi di maternità surrogata e gli stessi accordi in modo più dettagliato, poiché talvolta questi ultimi possono rendere il bambino senza genitori. Questo sforzo mira a comprendere meglio le implicazioni legali e i diritti dei bambini nati da maternità surrogata internazionale, nonché a promuovere una maggiore coerenza e armonizzazione delle leggi internazionali in materia.¹⁰⁵ Le ricerche nel campo della maternità surrogata internazionale evidenziano la complessità dei problemi transnazionali legati agli accordi in questione, rendendo chiaro che la risoluzione di tali questioni tramite azioni unilaterali degli Stati risulta spesso difficile, se non impossibile. Ciò suggerisce la necessità di una cooperazione multilaterale per affrontare in modo efficace le problematiche connesse. Nel perseguire soluzioni per la maternità surrogata internazionale, emerge l'importanza di prevenire lo sfruttamento di tutte le parti coinvolte, specialmente considerando la mancanza di regolamentazione degli intermediari in questo settore. Un quadro giuridico multilaterale potrebbe dunque fornire strutture e procedure volte a garantire l'applicazione delle norme esistenti e introdurre ulteriori garanzie, se necessario, per tutelare le persone coinvolte e promuovere il rispetto reciproco tra i diversi sistemi giuridici. Per affrontare le sfide relative alla determinazione della parentela legale nei casi di maternità surrogata internazionale, sono stati proposti due approcci. Il primo suggerisce l'armonizzazione

¹⁰⁵ La conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato è un'organizzazione internazionale permanente dal 1955 ed è composta da 72 Stati membri. Il suo obiettivo primario è quello di promuovere un progressivo processo di unificazione delle norme legali nel contesto del diritto internazionale privato attraverso la formulazione e l'adozione di trattati multilaterali che mirano a garantire una maggiore certezza giuridica nei rapporti privati che coinvolgono più paesi. La conferenza si tiene ogni quattro anni in una sessione plenaria, anche nota come sessione diplomatica ordinaria, durante la quale i rappresentanti dei paesi membri si riuniscono per negoziare e approvare progetti di convenzioni. Successivamente, queste convenzioni devono essere ratificate dagli Stati membri per entrare in vigore. Secondo lo Statuto dell'organizzazione, che è stato emendato nel 2005, i principali organi della Conferenza dell'Aia includono il Consiglio, l'Assemblea permanente con sede all'Aia e il Segretariato, che ha il compito di mantenere i contatti con i governi degli Stati membri attraverso organi nazionali designati da ciascun governo. La Conferenza dell'Aia svolge quindi un ruolo cruciale nel facilitare la cooperazione internazionale e nell'armonizzare le norme legali per affrontare le sfide che derivano dalla globalizzazione e dalle relazioni transnazionali. (*Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato*, in Treccani – Enciclopedia on line).

delle norme di diritto internazionale privato, includendo disposizioni uniformi sulla competenza dei Tribunali, sulla legge applicabile e sul riconoscimento delle decisioni, al fine di stabilire principi chiari e uniformi per la determinazione della parentela legale. Il secondo approccio proposto considera la maternità surrogata internazionale come una questione distinta, richiedendo una metodologia specifica per prevenire abusi e garantire certezza per le parti coinvolte, senza necessariamente armonizzare le norme di diritto internazionale privato. Questi due approcci offrono prospettive diverse per affrontare le sfide della maternità surrogata internazionale, ma mirano entrambi a proteggere i diritti e gli interessi dei bambini coinvolti, sottolineati anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, che evidenzia l'importanza di una parentela chiara per garantire i diritti dei bambini. Mentre la necessità di ulteriori lavori internazionali è riconosciuta, la fattibilità dipenderà dalla capacità di superare le sfide legate alla diversità degli approcci nazionali e degli strumenti giuridici internazionali, a tal proposito c'è chi suggerisce l'adozione di uno strumento internazionale vincolante e chi propende per misure di *soft law*, almeno in una fase preliminare. È importante sottolineare che il principale strumento utilizzato dalla Conferenza dell'Aia per raggiungere i propri obiettivi è la conclusione di Convenzioni internazionali, per questo motivo la prima ipotesi da considerare sarebbe quella di iniziare con questa opzione data la lunga tradizione della Conferenza dell'Aia e l'importanza dell'argomento, ma potrebbe essere considerata anche l'adozione di un protocollo per esempio. Tuttavia, è fondamentale concentrarsi sulla costruzione di ponti tra i sistemi giuridici, basati su principi comuni stabiliti a livello internazionale, per garantire una maggiore prevedibilità e continuità della parentela legale in situazioni internazionali. Esaminata la possibilità di procedere ulteriormente con le questioni affrontate e valutata la fattibilità di eventuali azioni successive, il Consiglio per gli Affari Generali e la Politica, a partire dal marzo del 2023, ha deciso di istituire un gruppo di lavoro per continuare ad occuparsi delle problematiche relative alla parentela legale.¹⁰⁶

È verosimile che le complesse questioni concernenti lo *status* legale dei bambini nati attraverso maternità surrogata saranno affrontate e risolte mediante l'intervento

¹⁰⁶ *The parentage/Surrogacy project*, HCCH Hague Conference on Private International Law, <https://www.hcch.net/italian>.

normativo degli organismi internazionali, piuttosto che dei singoli Stati nazionali. Tale previsione trova fondamento nella tendenza degli ordinamenti sovranazionali a dedicare maggiori sforzi e risorse all'analisi approfondita delle problematiche legate alla maternità surrogata, con l'obiettivo di elaborare direttive e linee guida più esaurienti e uniformi. Al contrario, le legislazioni a livello nazionale, come ad esempio quella italiana, tendono a non approfondire appieno i molteplici aspetti che la maternità surrogata comporta, ma a focalizzarsi sull'adozione di misure ancor più restrittive, o meglio proibitive, in merito alla pratica.

CAPITOLO 2

SURROGAZIONE DI MATERNITA': UN NUOVO REATO UNIVERSALE?

SOMMARIO: 1. L'ambito di validità spaziale della legge penale: una necessaria premessa per contestualizzare il dibattito sulla maternità surrogata - 1.1 Oltre la territorialità, verso l'universalità - 1.1.1 I reati commessi all'estero punibili incondizionatamente dalla legge penale italiana - 1.1.2 I reati commessi all'estero punibili dalla legge penale italiana solo in presenza di alcune condizioni - 2. Il principio di universalità: un'arma nella lotta contro i crimini internazionali - 2.1 Il ruolo della Corte penale internazionale - 2.2. Il percorso incerto dell'Italia verso l'adeguamento allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale - 3. La prospettiva di un'applicazione della legge penale italiana in relazione ai casi di maternità surrogata realizzata all'estero alla stregua del principio di universalità - 3.1 Le proposte di legge sull'estensione del divieto sancito dall'art. 12, comma 6 della legge 40 del 2004 e i nodi irrisolti in punto di tipicità della fattispecie - 3.1.1 Sul tavolo del Senato - 4. La complessa questione della punizione per atti legalmente compiuti all'estero - 4.1 Tra principio universalistico e principio di personalità attiva - 4.2 Il confine tra sanzione penale efficace e simbolica - 5. Una possibile riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita: le proposte formulate dal gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica - 5.1 Il reato di dissociazione della maternità - 5.2 La contrattazione per fini procreativi - 5.3 La surrogazione di maternità fuori dal diritto penale - 5.4 Le sfide per una riforma più completa

1. L'ambito di validità spaziale della legge penale: una necessaria premessa per contestualizzare il dibattito sulla maternità surrogata

In Italia l'avanzamento del turismo procreativo ha contribuito a intensificare il dibattito sulla maternità surrogata, portando alla ribalta una serie di questioni etiche e legali, che hanno stimolato l'avvio di un'azione legislativa sul tema.

In particolare, nell'attuale legislatura, la ventinovesima, sono stati presentati alcuni progetti di legge volti a contrastare tale pratica, anche quando viene compiuta all'estero da cittadini italiani in Nazioni in cui è consentita. Prima di considerare la possibilità di estendere in tal senso il divieto già espresso dall'art. 12, comma 6 della legge n. 40 del

2004, è importante evidenziare che vi sono diversi principi che regolano l'applicazione della legge penale nello spazio, la cui analisi è essenziale per comprendere il contesto normativo e giuridico che fa da sfondo alla questione della maternità surrogata e formulare una risposta legislativa adeguata a garantire la tutela dei diritti e dei principi etici coinvolti. La disciplina dei limiti spaziali della legge penale mira a definire l'ambito entro cui uno Stato può esercitare la propria autorità rispetto alla commissione di un determinato reato, consentendo così la punizione di quest'ultimo secondo le leggi nazionali e attraverso gli organi dello Stato stesso. Il dibattito si concentra sulla possibilità degli Stati di giudicare reati commessi al di fuori del proprio territorio nazionale o da cittadini italiani o stranieri e, a volte, anche in assenza di un legame diretto con gli interessi nazionali. Concettualmente per determinare i confini spaziali di applicazione della legge penale, si possono individuare quattro principi, ciascuno dei quali può coinvolgere un particolare interesse dello Stato nell'esercizio della sua giurisdizione penale. Sono generalmente criteri che sottolineano lo stretto collegamento tra il fatto commesso e il reato, facendo riferimento al luogo in cui è avvenuto il reato, alla nazionalità del colpevole o della vittima, nonché al valore universale dei beni coinvolti. Primo fra tutti è il principio di territorialità, a cui nessuno Stato potrebbe rinunciare dato che i crimini ivi commessi influenzano direttamente la vita della comunità locale, quindi è naturale che lo Stato eserciti il suo potere punitivo in queste circostanze. Il principio stabilisce, *ex art. 6, comma 1, c.p.*, che la legge nazionale si applica a chiunque, cittadino, straniero o apolide, commetta un crimine nel territorio dello Stato e, al comma 2 dello stesso articolo, è possibile rintracciare una definizione di *locus commissi delicti* che, accogliendo il principio dell'ubiquità, richiama indifferentemente il luogo della condotta o dell'evento. In base al criterio della condotta, un reato è considerato commesso nel territorio italiano quando l'azione o l'omissione che lo costituisce avviene in tutto o in parte sul suolo italiano, privilegiando quindi un'esigenza di prevenzione generale. Stando alla lettera della norma si ritiene quindi punibile secondo la legge italiana anche la condotta che avviene solo in parte in Italia: sarebbe sufficiente che solo un frammento dell'*iter criminis*, anche un atto solo preparatorio rispetto alla tipicità del reato, si svolga nel territorio dello Stato purché preordinato al raggiungimento dell'obiettivo delittuoso.¹⁰⁷ Si

¹⁰⁷ PALIERO C. E., *Il sistema penale*, Torino, 2024, pagg. 164 - 174.

ritengono commessi in Italia il reato iniziato all'estero e proseguito in territorio italiano, il reato iniziato in territorio italiano e proseguito all'estero, il reato commesso interamente all'estero ma con la partecipazione di un soggetto operante in territorio italiano, il reato commesso interamente in territorio italiano ma con la partecipazione di un soggetto operante all'estero. Quanto al criterio dell'evento, è punibile secondo la legge italiana anche il reato di cui solo l'evento dannoso si verifica nel territorio dello Stato. Sul punto, facendo il testo dell'articolo riferimento all'evento come conseguenza dell'azione o dell'omissione, si suggerisce di propendere per un'interpretazione di evento inteso in senso giuridico, come violazione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice e non in senso naturalistico, come modifica della realtà causata dalla condotta.¹⁰⁸ In conclusione, il principio di ubiquità dimostra l'interesse dello Stato a reprimere il reato sia nel caso in cui la volontà criminosa si manifesta sul suo territorio, sia nel caso in cui si verificano sullo stesso solo le conseguenze dannose.

Se il principio di territorialità è sancito all'art. 6, comma 1 c.p., il concetto di territorio dello Stato è, a sua volta, definito dall'art. 4, comma 2 c.p. che include, oltre alla superficie terrestre compresa nei suoi confini politico-geografici e il sottosuolo fino alle profondità raggiungibili con mezzi meccanici, anche il mare costiero per dodici miglia marine dalla linea costiera e dalle linee rette che uniscono i promontori; nonché lo spazio aereo fino alla zona ultratmosferica, cioè quella sovrastante l'atmosfera terrestre; le navi e gli aeromobili italiani, ossia il c.d. "territorio mobile", ovunque si trovino in ragione del "principio della bandiera", a meno che non siano soggetti alla legge di un altro Stato secondo il diritto internazionale; le navi e gli aeromobili privati nel caso in cui si trovino in alto mare o in zone non soggette alla sovranità di altri Stati e solo se gli eventi compiuti a bordo non hanno conseguenze esterne per lo Stato straniero rivierasco; infine, le navi e gli aeromobili stranieri che si trovano sul territorio italiano.

1.1. Oltre la territorialità, verso l'universalità

In passato, il principio di territorialità rivestiva un ruolo dominante nell'ambito della giurisdizione penale. D'altronde l'art. 3, comma 1, c.p. sancendo l'obbligatorietà della

¹⁰⁸ PALIERO C. E., *Il sistema penale*, Torino, 2024, pagg. 164 - 174.

legge penale italiana, stabilisce che si applica a tutte le persone, cittadini o stranieri che si trovano nel territorio dello Stato, salvo le eccezioni previste dal diritto pubblico interno o internazionale. Tuttavia, nell'attuale contesto di globalizzazione questo principio si confronta con numerose sfide, poiché gli Stati sovrani non sono più l'unico fulcro dell'ordine giuridico e, in un mondo interconnesso e globalizzato, il principio di territorialità si trova ad affrontare diverse sfide. In questo contesto, emergono situazioni in cui un reato può coinvolgere elementi che vanno al di là del territorio di un singolo Stato, quindi gli Stati possono trovarsi nella necessità di perseguire dei reati anche al di fuori dei propri confini. In tali situazioni ci si chiederà quale legge penale debba essere applicata al reato, quindi quale Paese abbia l'autorità per perseguire il caso. Il comma 2 dell'art. 3 sopra esposto sembra dare spazio al principio di universalità della legge penale nella misura in cui precisa che, sebbene limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale, la legge penale italiana obbliga anche tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano all'estero. L'ordinamento italiano affronta questa questione attraverso importanti ipotesi di giurisdizione extraterritoriale, che consentono alla legge penale italiana di punire reati commessi all'estero in base ad altri principi che regolano l'efficacia penale della legge nello spazio, temperando il principio di territorialità senza che nessuno prevalga su tutti gli altri. In particolare, si possono distinguere due categorie principali di reati commessi all'estero rispetto alla loro punibilità secondo la legge italiana:

- reati incondizionatamente punibili, che sono quelli che possono essere perseguiti in Italia senza condizioni aggiuntive, come previsto dall'art. 7 c.p.
- reati punibili in presenza di determinate condizioni, ossia quelli che, pur essendo stati commessi all'estero, possono essere puniti in Italia ma solo se soddisfano alcune condizioni specifiche, come disciplinato dagli artt. 8 - 10 c.p.

1.1.1. I reati commessi all'estero punibili incondizionatamente dalla legge penale italiana

L'art. 7 c.p. delinea cinque categorie di reati commessi all'estero, punibili incondizionatamente secondo la legge penale italiana, indipendentemente dalla nazionalità dell'autore, che può essere sia italiano sia straniero.

Le prime quattro categorie includono: i delitti contro la personalità dello Stato italiano; i delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto; i delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato o in valori di bollo in carte di pubblico credito italiano; i delitti commessi da pubblici ufficiali al servizio dello Stato abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni. È evidente che la logica sottesa all'incriminazione di questi delitti fa riferimento a un danneggiamento di interessi direttamente connessi all'esercizio di funzioni sovrane, la cui repressione risponde ad una fondamentale esigenza di difesa. Il principio di difesa o personalità passiva fa sì che sia applicata la legge del Paese in cui si trovano i beni offesi o la vittima del reato e corrisponde chiaramente all'interesse dello Stato di difendere i propri interessi pubblici o collettivi e i propri cittadini.

Invece l'ultima categoria di reati menzionata da questo articolo si riferisce ad ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana. A tal proposito occorre considerare che anche le speciali disposizioni di legge si basano principalmente sul principio di difesa, mentre le convenzioni internazionali prevedono l'applicabilità della legge penale dello Stato a reati specificatamente riconosciuti e comuni a tutti gli Stati, basandosi sul principio di universalità. Alla stregua di quest'ultimo principio si prevede l'applicazione della legge nazionale a tutti i crimini ovunque siano stati commessi e da chiunque.

1.1.2. I reati commessi all'estero punibili dalla legge penale italiana solo in presenza di alcune condizioni

Un'ulteriore deroga al principio di territorialità, ancora una volta ispirata da esigenze di difesa, è prevista dall'art. 8 c.p., secondo cui il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero un delitto politico, non rientrante tra quelli indicati dall'art. 7, comma 1, n. 1, c.p., è punito secondo la legge italiana su richiesta del Ministro della Giustizia o querela della persona offesa, ove richiesta. La previsione è volta a consentire la punibilità in Italia di condotte poste in essere all'estero e offensive della personalità dello Stato ed è possibile distinguere i delitti politici puri, che riguardano semplicemente l'espressione di idee, da quelli che danneggiano cose o persone. È importante poi considerare che il delitto politico può essere di tipo oggettivo o di tipo

soggettivo: dal punto di vista oggettivo, un delitto è considerato politico se danneggia un interesse politico dello Stato o un diritto politico del cittadino; da un punto di vista soggettivo invece è considerato delitto politico quello comune determinato in tutto o in parte da motivi politici. Questi ultimi vanno considerati come impulsi volti a soddisfare una concezione ideologica relativa alla struttura dei poteri dello Stato e sui rapporti tra Stato e cittadino e distinti quindi da quelli semplicemente sociali, impulsi psichici soggettivi che orientano l'agente in base a una visione della società che non si riflette necessariamente sulla forma politica dello Stato, ma volta piuttosto a soddisfare un interesse personale.

Poi vi sono i delitti comuni commessi all'estero da cittadino italiano, ovviamente sempre diversi da quelli previsti dall'art. 7 c.p., di cui si occupa l'art. 9 c.p., subordinando la loro punibilità ad alcuni requisiti: si richiede, infatti, che il reato sia punito, secondo la legge italiana, con l'ergastolo o con una reclusione non inferiore a tre anni secondo la legge italiana e che il cittadino si trovi sul territorio italiano; se invece la pena della reclusione prevista è meno severa allora il colpevole potrà essere punito solo su richiesta del Ministro della Giustizia ovvero su istanza o querela della persona offesa. Nel caso in cui il reato sia commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della Giustizia solo se l'extradizione non è stata concessa o accettata dallo Stato in cui il reato è stato commesso. La punizione prospettata dall'articolo presentato, si basa sul principio della personalità attiva, che prevede l'applicazione della legge dello Stato di appartenenza del reo, riflettendo l'interesse dello Stato nel giudicare e decidere come punire i propri cittadini, che hanno agito in base a comportamenti lesivi o comunque offensivi della sovranità statale. Quando invece sono gli stranieri a commettere all'estero delitti comuni diversi da quelli indicati dall'art. 7, l'art. 10 c.p. li punisce in base al principio di difesa, nel caso in cui il reato sia commesso a danno dello Stato o di un cittadino italiano, sempre che lo straniero si trovi sul territorio italiano e il reato sia punito con una reclusione non inferiore ad un anno, su richiesta del Ministro della Giustizia o a querela della persona offesa. Invece, se il reato è commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di un cittadino straniero allora, basandosi sul principio universalistico, oltre alla presenza del reo nel territorio italiano e alla richiesta del Ministro della Giustizia, è anche necessario che il delitto sia punito con

l'ergastolo o con una reclusione non inferiore a tre anni e che l'extradizione non sia stata concessa o accettata dal governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto, o da quello dello Stato a cui egli appartiene. Sembra evidente che la presenza fisica del soggetto nel territorio dello Stato sia un requisito essenziale per tutte le situazioni contemplate dagli ultimi due articoli esposti e sembra essenziale che questa presenza sia confermata al momento dell'avvio dell'azione penale, non assumendo rilievo se sia continuata durante tutto il processo né se sia volontaria, perché potrebbe anche accadere che il soggetto sia trattenuto nel territorio statale, per esempio a seguito di un'extradizione.¹⁰⁹ Un'altra importante questione che ci si pone a proposito degli articoli sopra enunciati è quella riguardante la doppia incriminazione del fatto e quindi ci si chiede se il reato debba essere considerato tale non solo dalla legge penale italiana, ma anche dalla legge del luogo in cui è stato commesso il delitto, indipendentemente dalla ipotetica diversa qualificazione giuridica che ne fanno. Gran parte della giurisprudenza ritiene preferibile adottare il criterio della doppia incriminazione, perché maggiormente conforme al principio di legalità, nonostante non sia una condizione esplicitata nelle disposizioni.¹¹⁰

Negli ultimi tempi sono state introdotte significative modifiche agli artt. 9 e 10 c.p., specificamente per quanto riguarda la persecuzione di alcuni dei reati contro la pubblica amministrazione commessi all'estero da cittadini italiani o stranieri. Con l'approvazione della legge n. 3 del 2019, conosciuta anche come "Spazzacorrotti", all'art. 9 c.p. è stato aggiunto un nuovo comma, il quarto, che stabilisce che la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o querela della parte offesa non sono necessarie per i delitti previsti dagli articoli 320, 321 e 346-bis del codice penale. Analogamente, all'articolo 10 del codice penale, è stato aggiunto un nuovo comma dopo il secondo, che afferma che la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o querela della parte offesa non sono necessarie per i delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis,

¹⁰⁹ PALIERO C. E., *Il sistema penale*, Torino, 2024, pagg. 164 - 174. Nel testo si evidenzia anche la presenza di un dibattito su se la presenza del soggetto nello Stato debba essere considerata come una condizione oggettiva per la punibilità del reato o come condizione di procedibilità. Se si decidesse di accogliere la prima tesi allora l'assenza del reo nel territorio statale comporterebbe la pronuncia di una sentenza di merito destinata a precludere il successivo esercizio dell'azione penale. Invece se si aderisse all'altra ipotesi, che appare preferibile, in assenza del reo vi sarebbe una pronuncia meramente processuale sprovvista di effetti preclusivi rispetto a successivi procedimenti penali.

¹¹⁰ *Ibidem*.

319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis. Queste modifiche hanno, quindi, eliminato la necessità di richiesta del Ministro della giustizia o di istanza o querela della parte offesa per la persecuzione di tali reati. Successivamente, il decreto legislativo n. 195 del 2021 ha ulteriormente modificato il codice penale, precisamente all'art. 9, comma 4, c.p., aggiungendo la possibilità di perseguire senza richiesta del Ministro della giustizia o istanza o querela della parte offesa anche i delitti previsti dagli articoli 648 e 648-ter.1, ampliando così il campo di azione senza richiedere specifiche autorizzazioni o iniziative.

2. Il principio di universalità: un'arma nella lotta contro i crimini internazionali

La giurisdizione universale, radicata nel diritto internazionale consuetudinario, ha origine da pratiche statali accettate universalmente e riconosciute come vincolanti ed un suo importante precursore è stato il concetto di pirateria universale, che autorizzava qualsiasi Stato a perseguire e giudicare i pirati ovunque fossero catturati. Tuttavia, è stato il caso Eichmann, dopo la Seconda guerra mondiale, a fare da apripista alla possibilità di perseguire i criminali di guerra ovunque si trovassero, poiché Adolf Eichmann, un tedesco responsabile per i crimini durante l'Olocausto, venne processato e condannato in Israele, dove la Corte Suprema si sentì legittimata ad invocare il principio della giurisdizione universale, non potendo basarsi sui principi giuridici tradizionali del suo diritto statale.¹¹¹ Da quel momento, sempre più Paesi hanno intrapreso azioni legali contro individui accusati di crimini internazionali, indipendentemente dalla loro ubicazione geografica o dalla loro nazionalità. Ugo Grozio, un famoso giurista, filosofo, politico, teologo e scrittore olandese del diciassettesimo secolo, è considerato uno dei padri fondatori del diritto internazionale moderno e, in conformità al brocardo "*aut dedere aut punire*", sosteneva che lo Stato nel quale si trova il reo ha due opzioni: può consegnarlo ad un altro Stato affinché venga giudicato e punito, ovvero può procedere direttamente con la punizione.

¹¹¹ Adolf Eichmann fu uno dei responsabili della deportazione e dello sterminio di milioni di ebrei. Dopo la Seconda guerra mondiale, riuscì a fuggire dalla Germania e a nascondersi in Argentina sotto una falsa identità, ma venne trovato da alcuni agenti israeliani che lo portarono in Israele per processarlo. Il suo processo e la conseguente esecuzione sono stati significativi non solo per il perseguimento della giustizia per i crimini dell'Olocausto, ma anche per aver stabilito un precedente importante nell'applicazione della giurisdizione universale.

Tuttavia, queste alternative richiedono una stretta collaborazione interstatale e universale, che è alla base del principio di universalità. Di fatto uno Stato che esercita la propria giurisdizione universalmente lo fa in nome e per conto dell'intera comunità internazionale, perciò questo principio viene adottato in caso di crimini di particolare gravità, i cosiddetti “*delicta iuris gentium*”, condannati universalmente da tutte le Nazioni attraverso non solo leggi nazionali, ma anche norme e trattati internazionali che attribuiscono a qualsiasi autorità il diritto di perseguire e punire coloro che li commettono. Crimini internazionalmente riconosciuti quali il terrorismo, la violenza sessuale, le mutilazioni genitali femminili, la tratta di persone e il traffico di organi umani, sono così gravi da richiedere una risposta globale unificata per garantire la giustizia e la protezione dei diritti umani fondamentali.¹¹² Attualmente, si è ampiamente accettato che gli Stati abbiano il potere di perseguire i crimini più gravi a livello internazionale, anche senza legami diretti con il crimine stesso, per proteggere i valori condivisi dalla comunità globale e garantire giustizia per le vittime. Tuttavia, il principio di universalità continua a presentare alcuni aspetti ambigui: per esempio non è chiaro se sia necessario che il colpevole si trovi effettivamente nel territorio dello Stato che esercita la giurisdizione universale, se questa giurisdizione debba essere subordinata a quella degli Stati che hanno un legame più stretto con il fatto criminoso, criterio che potrebbe evitare conflitti di giurisdizione, ridurre il rischio di duplicazione dei processi e delle possibili condanne per l'imputato, incoraggiando gli Stati con un interesse più diretto ad intraprendere azioni sin da subito.¹¹³ A tal proposito, per affrontare le sfide che vengono ad esistenza, si è resa necessaria la creazione di Corti internazionali, la cui capacità di svolgere una funzione di prevenzione generale dipende pur sempre dall'adozione generalizzata di leggi che puniscano i comportamenti considerati crimini internazionali da parte degli Stati. In passato i Tribunali di Norimberga e Tokyo sono stati considerati fondamentali per lo sviluppo della giustizia penale internazionale, ma sono stati anche oggetto di numerose critiche poiché non erano organi preesistenti al fatto di reato che erano chiamati a punire, ma

¹¹² GATTA G.L., *Surrogazione di maternità come “reato universale”?* A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento, in *Sistema penale*, fasc. 5, 2023, pag 6.

¹¹³ CANTONE C., *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale e il “modello italiano” tra presente e futuro*, in *Il Mulino – Rivistaweb*, fasc. 3, 2022, pag. 464.

istituiti successivamente. Le modalità con cui sono stati istituiti, contrariamente al principio del giudice precostituito per legge ed in base ad accordi tra le sole potenze vincitrici della Seconda guerra mondiale, quindi rappresentanti solo una parte della comunità internazionale, hanno portato alcuni a dubitare della loro natura di vere Corti internazionali, definendoli invece come esercizi di giustizia delle potenze vincitrici su quelle sconfitte in violazione del principio di “*nullum crimen et nulla poena sine lege*”. Invero una differenza significativa tra il Tribunale di Norimberga e quello militare internazionale per il Lontano Oriente a Tokyo, può essere rinvenuta nella presenza all'interno del collegio giudicante di quest'ultimo di giudici provenienti da undici diversi Paesi, rendendolo così sicuramente più rappresentativo rispetto al primo. Nonostante le critiche, la creazione dei Tribunali internazionali dopo la guerra ha segnato un momento cruciale nella storia giuridica, specialmente per i cambiamenti di cui hanno posto le basi, tra i quali per esempio il superamento dell'idea che la responsabilità internazionale fosse attribuita solo agli Stati. Alla luce dell'esperienza dei Tribunali post-bellici, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite incaricò la Commissione del diritto internazionale di esaminare la possibilità di istituire un Tribunale permanente per perseguire crimini internazionali e i conflitti nella ex Jugoslavia e in Ruanda ne accelerarono la creazione. Questi, però, erano due Tribunali *ad hoc*, cioè costituiti per giudicare i crimini commessi in circostanze specifiche, secondo quanto stabilito nelle risoluzioni che li istituirono e, soprattutto, con una giurisdizione che non poteva essere estesa oltre i limiti stabiliti dalle risoluzioni stesse, quindi destinati a concludere i propri lavori una volta che il loro mandato fosse completato. Perciò furono ugualmente criticati circa la loro incompatibilità ad alcuni principi giuridici fondamentali, come quello dell'irretroattività della legge penale.

2.1. Il ruolo della Corte penale internazionale

Un notevole passo in avanti verso una repressione internazionale più efficace di gravi forme di criminalità è stato compiuto con la creazione della Corte penale internazionale (CPI) mediante lo Statuto firmato a Roma il 18 luglio 1998, ratificato dall'Italia con la legge n. 232 il 12 luglio 1999 ed entrato in vigore il 1° luglio 2002 a seguito della ratifica da parte di 60 Stati. Tuttavia, ad oggi nel nostro Paese manca ancora una legislazione adeguata ad affrontare tali crimini internazionali e ad attribuire

ai giudici nazionali la giurisdizione universale per perseguirli.¹¹⁴ La CPI è stata creata proprio per superare le critiche rivolte ai precedenti Tribunali internazionali e, a differenza di questi, è stata istituita attraverso un accordo multilaterale che ne ha garantito una maggiore indipendenza e legittimità.¹¹⁵ Questo nuovo organo giudiziario ha competenza per giudicare crimini di grande rilevanza internazionale delineati dagli artt. 5 - 8 *bis* dello Statuto di Roma, che sono il genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e aggressione, ma è vincolata a due condizioni: innanzitutto i presunti colpevoli devono essere cittadini di uno Stato che ha ratificato lo Statuto ovvero il crimine deve essere avvenuto nel territorio di uno Stato che ha aderito allo Statuto; inoltre, la Corte può giudicare solo i crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto o, nel caso di Stati che hanno ratificato lo Statuto successivamente, dopo la loro adesione alla Convenzione.¹¹⁶ I crimini sui quali la Corte può esercitare il proprio potere giurisdizionale sono i seguenti:

¹¹⁴ CANTONE C., *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale e il "modello italiano" tra presente e futuro*, in *Il Mulino – Rivistaweb*, fasc. 3, 2022, pag. 447.

¹¹⁵ La Corte è composta da diversi organi, tra cui la Presidenza, le Camere preliminari, la Camera di Primo grado, la Camera d'appello, l'Ufficio del Procuratore e la Cancelleria. I giudici vengono nominati su indicazione degli Stati membri nell'Assemblea degli Stati parte dello Statuto, in base a competenze riconosciute in diritto e procedura penale o in settori pertinenti del diritto internazionale. Il Procuratore gode di ampia discrezionalità nell'avviare un'azione penale e decide se aprire un'inchiesta solo se ritiene che ci sia un ragionevole fondamento per un'azione giudiziaria. Deve valutare la giurisdizione della Corte, l'ammissibilità del caso, se l'inchiesta favorirebbe gli interessi della giustizia e solo una volta completata l'indagine deve decidere se iniziare un processo. Per condurre indagini, il Procuratore deve fare affidamento sulla cooperazione degli Stati e può chiedere l'autorizzazione per indagini dirette solo se lo Stato è manifestamente incapace di cooperare. Tuttavia, può procedere senza autorizzazione se le indagini non richiedono l'uso di misure coercitive. Se il Procuratore decide di non procedere, solo lo Stato o il Consiglio di Sicurezza possono richiedere alla Camera preliminare di riesaminare la decisione. Tuttavia, se la decisione riguarda interessi di giustizia, la Camera preliminare può autonomamente riesaminarla e obbligare il Procuratore a procedere.

¹¹⁶ Bisogna considerare che la responsabilità penale applicabile solo per le condotte che al momento del loro compimento costituiscono già un crimine rientrante nella giurisdizione della CPI, è un principio introdotto nonostante molte azioni erano già considerate crimini internazionali anche prima dell'entrata in vigore dello Statuto. Sul punto, infatti, il divieto di retroattività non ammette eccezioni, neanche nel caso di accettazione *ad hoc* della giurisdizione o di deferimento della situazione da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Tuttavia, vi possono essere alcune problematiche quando si tratta di crimini continui che si estendono oltre l'entrata in vigore dello Statuto, perché sebbene la giurisprudenza internazionale abbia generalmente rispettato il principio di retroattività, è stato ritenuto possibile considerare i fatti avvenuti prima come rilevanti per fini storici o informativi. Ma bisogna considerare che questo concetto è collegato a quello di crimine continuato e non si applica ai cosiddetti crimini permanenti, che si verificano tra il periodo precedente e quello successivo all'entrata in vigore dello Statuto, crimini ove il substrato psicologico può essere formato prima dell'entrata in vigore dello Statuto appunto. In questi casi, lo sviluppo precedente alla giurisdizione della Corte potrebbe essere ammesso per dimostrare la natura stessa del crimine e il Procuratore dovrebbe poterli considerare e portarli all'attenzione dei giudici.

- il genocidio: chi agisce, in questo caso, lo fa per distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso ponendo in essere alcuni atti. Tra questi possiamo considerare quelli di chi uccide membri del gruppo, causa gravi lesioni all'integrità fisica o psichica di persone appartenenti al gruppo, sottopone deliberatamente le persone appartenenti al gruppo a condizioni di vita che comportano la distruzione fisica totale o parziale del gruppo stesso, impone misure per impedire le nascite all'interno del gruppo o trasferisce con forza i bambini appartenenti al gruppo ad un altro gruppo. La caratteristica distintiva del genocidio risiede nella portata massiccia del crimine e soprattutto nell'intento di distruggere un gruppo specifico. È degno di nota rilevare che la giurisprudenza internazionale abbia sostenuto l'imputabilità del crimine indipendentemente dal coinvolgimento degli organi statali. Tuttavia, se il genocidio è perpetrato sotto l'egida di una politica statale, la *mens rea* può essere implicitamente accertata, senza necessità di una valutazione individuale. Al contrario, quando non vi è coinvolgimento degli organi statali, il crimine è attribuito unicamente all'individuo, senza coinvolgere lo Stato stesso.¹¹⁷
- I crimini contro l'umanità: pur condividendo alcune caratteristiche con il genocidio, sono caratterizzati dalla necessità che gli stessi siano parte di un attacco ampio o sistematico di cui l'autore sia consapevole, comportando che gli attacchi isolati o sporadici non possono essere considerati tali. Riguardo la vastità e la sistematicità degli attacchi quali elementi cruciali per identificare i crimini contro l'umanità, la vastità si riferisce a un attacco massiccio, frequente e diretto contro un gran numero di vittime civili, mentre la sistematicità indica la natura organizzata degli atti di violenza e l'improbabilità che siano avvenuti casualmente. Gli atti che possono costituire i crimini contro l'umanità includono omicidio, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione forzata, imprigionamento illegale, tortura, stupro e altre forme di violenza sessuale, persecuzione, sparizione forzata, apartheid e altri atti inumani che causano gravi sofferenze fisiche o mentali. È importante notare che tra questi l'inserimento di una categoria residuale, quella degli atti inumani che

¹¹⁷ BONOMO E., *La Corte penale internazionale*, in *Accademia.edu*, 2015, pag. 6.

intenzionalmente provocano sofferenze o danni gravi, è stata soggetta a critiche per il rischio di ampliare eccessivamente la definizione di questi crimini, ma lo Statuto specifica che tali atti devono essere simili a quelli precedentemente elencati e causare gravi sofferenze. In generale i crimini contro l'umanità si differenziano rispetto al genocidio perché c'è assenza dell'intento genocidario e rispetto ai crimini di guerra perché gli atti non sono commessi in un contesto di conflitto armato.

- I crimini di guerra: essi rappresentano una categoria numerosa e sono tali quando sono parte di un piano politico o di una serie di crimini simili su larga scala. Possono riguardare attacchi deliberati contro civili, danni a beni civili non giustificati da necessità militari, reclutamento di bambini - soldato, violenze sessuali, attacchi contro edifici dedicati alla religione o all'istruzione, saccheggi, reclutamento forzato di civili e molte altre azioni. È fondamentale che tali azioni avvengano in un contesto di conflitto armato che può essere internazionale o meno e in quest'ultimo caso il grado di intensità e organizzazione degli scontri determina se si configuri un conflitto armato e se si applicano, quindi, le disposizioni sui crimini di guerra. Tuttavia, le disposizioni sui crimini di guerra non si applicano a situazioni di disordine interno, come sommosse o violenze isolate e non interferiscono con la responsabilità dei governi di mantenere l'ordine pubblico o difendere l'unità e l'integrità territoriale dello Stato.
- Il crimine di aggressione: esso riguarda la pianificazione, la preparazione, l'inizio o l'esecuzione di un atto di aggressione da parte di una persona che ha un controllo effettivo sull'azione politica o militare di uno Stato e deve costituire una chiara violazione della Carta delle Nazioni Unite. La definizione di aggressione comprende diverse azioni, come l'invasione o l'attacco delle forze armate di uno Stato al territorio di un altro Stato, il bombardamento di un territorio da parte di uno Stato o l'uso di armi contro di esso, il blocco dei porti o delle coste di uno Stato e altre azioni simili.

Non sono, invece, considerati crimini di competenza della Corte alcuni reati di rilevanza internazionale come il terrorismo internazionale, la pirateria e il traffico illecito internazionale di droga per la mancanza di una definizione universalmente

accettata per tali crimini e per la necessità di non sovraccaricare eccessivamente gli uffici della Corte, poiché un ampliamento troppo esteso potrebbe renderne inefficace il lavoro svolto.¹¹⁸ Agendo in via suppletiva rispetto alle giurisdizioni nazionali, a differenza dei tribunali *ad hoc* delle Nazioni unite, la CPI non ha il potere di sovrastare tribunali nazionali ma può intervenire solo se lo Stato in questione non è in grado o non è disposto a perseguire tali crimini.¹¹⁹ È per questo che lo Statuto di Roma, sebbene non richieda esplicitamente la trasposizione dei suoi contenuti nei diritti nazionali, sottolinea il principio di complementarità, che implica che gli Stati membri sviluppino un sistema giudiziario nazionale capace di affrontare i crimini internazionali. Con la ratifica dello Statuto di Roma, uno Stato non solo indica la sua volontà di permettere a un Tribunale internazionale universale di punire i crimini più gravi, ma accetta anche che, nel caso in cui lo Stato più direttamente coinvolto in tali crimini non agisca, gli altri Stati che normalmente hanno giurisdizione su tali reati possono far valere la loro autorità, contribuendo così alla lotta contro l'impunità ed evitando di ridurre il principio di complementarità a una dinamica bilaterale tra la Corte e lo Stato più direttamente coinvolto nel crimine, garantendo che tale principio sia in linea con il perseguimento dell'obiettivo generale di reprimere i crimini più

¹¹⁸ BONOMO E., *La Corte penale internazionale*, in *Accademia.edu*, 2015, pag. 5.

¹¹⁹ Sul punto gli artt. 18 e 19 dello Statuto di Roma, regolamentando gli aspetti procedurali della complementarità, rappresentano le basi su cui uno Stato può fondare la propria opposizione alla sovranità dell'ente internazionale. Infatti l'art. 18 spiega che in via preliminare, una volta che il Procuratore determina l'avvio delle indagini su iniziativa propria o di Stato Parte, si deve procedere ad una notifica agli Stati Parte e agli Stati che, in base alle informazioni disponibili, hanno giurisdizione sui crimini in questione, in modo tale che gli Stati hanno un mese di tempo per informare la Corte nel caso in cui stessero conducendo o avessero già condotto indagini su cittadini o altri soggetti rientranti nella loro giurisdizione per crimini correlati alle informazioni notificate e, su richiesta dello Stato, il Procuratore sospende le sue indagini a favore di quelle condotte dallo Stato, a meno che la Camera Preliminare non autorizzi le indagini su richiesta del Procuratore, che può riesaminarne la sospensione dopo sei mesi o in caso di cambiamenti significativi delle circostanze, tenendo sempre presente che l'obbligo di precauzione ricade innanzitutto sugli Stati e che l'ente internazionale potrà intervenire solo nel momento in cui questi non si assumono tale primaria responsabilità. L'articolo 19, invece, indica che la Corte deve stabilire la sua competenza su qualsiasi caso presentato e può decidere autonomamente sulla sua procedibilità, ma ci sono delle eccezioni che possono essere avanzate dall'imputato, dagli Stati con giurisdizione sul crimine in questione o dal Procuratore. In sintesi, nulla impedisce a uno Stato terzo, sia esso Parte o non Parte, di eccepire la propria primazia. In tali casi, spetta agli organi internazionali verificare se l'esercizio da parte delle autorità statali del diritto di punire sia legittimo, specialmente quando non vi sia alcun legame con la condotta o l'autore del reato. Le eccezioni devono essere presentate alla Camera Preliminare il prima possibile e prima della conferma delle imputazioni, altrimenti dopo devono essere proposte alla Camera di primo grado. La proposizione di eccezioni non incide sulla validità degli atti compiuti in precedenza dal Procuratore o dalla Corte.

gravi, pur nel rispetto della sovranità statale.¹²⁰ Il principio di complementarità rispetta la sovranità degli Stati, che con accesso diretto alle prove e alle persone coinvolte nei crimini internazionali possono essere più adatti per affrontare alcuni aspetti degli stessi, ma se uno Stato non ha introdotto nel proprio sistema giudiziario nazionale i reati previsti dallo Statuto, potrebbe essere soggetto a un giudizio della CPI che valuti se manca la volontà o la capacità effettiva dello Stato di investigare e perseguire tali crimini. È importante notare poi che mentre normalmente i trattati internazionali dedicati alla repressione dei crimini non stabiliscono le sanzioni penali in modo dettagliato, ma si limitano a chiedere agli Stati di punire severamente i responsabili, con la ratifica dello Statuto di Roma invece gli Stati hanno accettato la competenza della CPI rinunciando in certi casi alla loro sovranità in materia penale e trasferendo il potere giudiziario a questi giudici internazionali. In un certo senso lo Statuto può essere considerato come un vero e proprio codice fornendo ai giudici della Corte la base giuridica per esercitare direttamente l'azione penale con regole rigide su quali reati perseguire, quale diritto applicare, quale procedura seguire e con che tipo sanzioni condannare.¹²¹ Sembrerebbe significativo anche il fatto che dall'immediato secondo dopoguerra, i Tribunali statali hanno celebrato solamente pochi processi per crimini internazionali in base al principio della giurisdizione universale, la maggior parte dei quali ha riguardato criminali nazisti e individui coinvolti nei conflitti in ex-Jugoslavia e in Ruanda, suggerendo che sia principalmente l'istituzionalizzazione della giustizia penale internazionale a promuovere la lotta all'impunità. Gli Stati ancora oggi fondano l'esercizio della giurisdizione sui crimini internazionali su una legittimazione internazionale.¹²² In sostanza si può considerare l'esistenza di un principio consuetudinario sulla giurisdizione universale, secondo cui ogni Stato può perseguire i crimini internazionali incorporati nello Statuto di Roma, a condizione che tale azione

¹²⁰ PROSPERI L., *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2013, pag. 12.

¹²¹ LANCIOTTI A., *Le pene comminabili dalla corte penale internazionale*, in CARLIZZI G., DELLA MONTE G., LAURENTI S., MARCHESI A. (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Milano, 2003, pag. 406.

¹²² PROSPERI L., *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2013, pag. 13.

non violi altre norme del diritto internazionale, sia generale che pattizio e senza regolamentarne in modo dettagliato l'esercizio, di conseguenza le questioni che emergono devono essere risolte in base a trattati e convenzioni internazionali.¹²³

2.2. Il percorso incerto dell'Italia verso l'adeguamento allo Statuto istitutivo della Corte Penale Internazionale

Attualmente, l'Italia non attribuisce alle sue Corti una competenza universale per il perseguimento dei crimini internazionali, a differenza di altri Stati dell'Unione Europea come Francia, Germania, Belgio, Spagna e Paesi Bassi. Ancora oggi per perseguire giudizialmente un crimine internazionale, le Corti italiane agiscono in base a due disposizioni che hanno una tendenza universalistica: l'art. 10, comma 2 c.p. e l'art. 7, comma 1, n. 5 c.p. Questi due articoli che da un lato consentirebbero ai giudici di perseguire gravi crimini internazionali anche se commessi all'estero e quindi di applicare la legge penale italiana anche se il fatto criminoso non ha un forte collegamento con il nostro Paese, per altro aspetto vincolano l'esercizio della giurisdizione universale al rispetto di molteplici condizioni, che rendono difficoltosa l'applicazione del principio di universalità da parte dei giudici nazionali. Per questo motivo, in Italia per rendere effettivo lo Statuto di Roma, il Ministero della giustizia ha istituito nel marzo 2022 una Commissione volta ad elaborare il progetto del Codice dei crimini internazionali, presieduta dai professori Francesco Palazzo e Fausto Pocar. Già negli anni passati furono istituite diverse Commissioni ministeriali con lo stesso obiettivo, tra cui la Commissione Pranzetti nel 1998, la Commissione La Greca-Lattanzi nel 1999, la Commissione Conforti nel 2002 e la Commissione Scandurra nel 2002. Inoltre, furono presentate in Parlamento diverse proposte di legge, che miravano ad adeguare l'ordinamento italiano allo Statuto di Roma. Nonostante questi numerosi sforzi per conformare l'ordinamento italiano allo Statuto di Roma, a distanza di oltre vent'anni dalla sua adozione, l'Italia ancora non dispone di una disciplina completa per perseguire i crimini di competenza della Corte Penale Internazionale.

La Commissione Palazzo - Pocar ha elaborato tre alternative per affrontare la questione dei crimini internazionali, privilegiando alla fine una soluzione intermedia che

¹²³ PROSPERI L., *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2013, pag. 29.

prevede: la giurisdizione dell'autorità giudiziaria speciale nel caso dei crimini di guerra contestati ai membri delle forze armate italiane, poiché questo tipo di reati spesso richiede una conoscenza specifica delle regole militari e coinvolge soggetti appunto che operano nell'ambito militare; quella del giudice ordinario, invece, per gli altri crimini, come quelli contro l'umanità o il genocidio, che non si verificano necessariamente durante un conflitto armato e che possono coinvolgere soggetti al di fuori delle forze armate; infine, in caso di connessione tra crimini di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria e altri di competenza dell'autorità giudiziaria militare sarebbe stata prevalente la giurisdizione ordinaria.¹²⁴ Il progetto, presentato il 16 marzo 2023, introduce una forma di giurisdizione penale condizionata alla presenza dell'imputato nel territorio italiano ma senza subordinare l'azione penale al rispetto di molteplici requisiti e, grazie a 70 disposizioni, è completo di tutte le tipologie di crimini internazionali. Pur se questa formulazione può sembrare restrittiva rispetto a un modello di giurisdizione universale pura, cioè svincolata da qualsiasi condizione, è però coerente con lo stato attuale del diritto internazionale consuetudinario, che indica il potere dello Stato di perseguire un presunto autore di un grave crimine internazionale presente sul suo territorio come una facoltà piuttosto che come un obbligo. La Commissione ha deciso di creare un *corpus* normativo separato dal Codice penale, seguendo il modello tedesco e la scelta è stata motivata principalmente da esigenze pratiche, al fine di evitare di appesantire il Codice stesso, ma prevedendo adattamenti delle norme generali in materia di efficacia della legge penale nello spazio, di giurisdizione e di presupposti e condizioni della responsabilità penale. Nonostante ciò, il Consiglio dei ministri ha voluto rinviare l'approfondimento della disciplina senza specificarne le tempistiche, lasciando incompleto l'adeguamento dell'ordinamento italiano al sistema di giustizia internazionale. Più precisamente, il Consiglio dei ministri ha deciso di rimandare a una data incerta la discussione sui crimini contro l'umanità e il genocidio, annunciando invece un progetto di legge focalizzato solo sui crimini di guerra e di aggressione.¹²⁵ Quindi mentre da un lato il governo esprimeva

¹²⁴ VALLINI A., *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno LXVI, fasc. 1, 2023, pag. 95.

¹²⁵ VALLINI A., *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno LXVI, fasc. 1, 2023, pag. 91.

pubblicamente l'ambizione di estendere la nostra giustizia penale a livello globale, affrontando questioni come il traffico dei migranti e, per quanto qui interessa, la surrogazione di maternità anche quando legale e garantita; dall'altro lato rinunciava a una definizione specifica e a una giurisdizione universale per i crimini internazionali, decidendo di scartare la proposta del Ministro della Giustizia Carlo Nordio per un Codice dei crimini internazionali. Risulta difficile capire perché ci sia ancora bisogno di riflettere su un tema, la cui riforma è attesa da vent'anni in Italia, lo stesso Paese in cui ha avuto luogo la conferenza finale per l'adozione dello Statuto di Roma. Anche se rapida ne è stata la ratifica, l'Italia continua a rappresentare un'eccezione per non aver ancora adeguato alla giustizia internazionale il proprio sistema penale, nonostante la maggior parte degli altri Paesi lo ha già fatto attraverso leggi speciali o modifiche ai loro codici penali.¹²⁶

3. La prospettiva di un'applicazione della legge penale italiana in relazione ai casi di maternità surrogata realizzata all'estero alla stregua del principio di universalità

Il panorama normativo italiano, pur riconoscendo l'applicabilità del principio di universalità nei limiti di specifiche condizioni, si confronta quindi ancora con il mancato adeguamento allo Statuto di Roma. Un interessante spunto di riflessione sul tema è stato offerto dalla volontà del legislatore di estendere il divieto di surrogazione di maternità, anche ai casi in cui la pratica venga effettuata fuori dal territorio italiano, in Paesi dove è legale e regolamentata. Volontà che affonda le proprie radici nelle conclusioni tratte dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel 2016, che hanno condannato la pratica della maternità surrogata, evidenziandone il suo impatto negativo sulla dignità delle donne e su altri principi bioetici fondamentali. Ancora la Risoluzione n. 2229 del 2015 adottata a livello europeo, condanna fermamente la pratica della maternità surrogata poiché ritiene che minacci la dignità delle donne, trattate come merce in quanto i loro corpi e le loro funzioni riproduttive vengono sfruttate, evidenziando in particolare il rischio di sfruttamento riproduttivo e finanziario, soprattutto nei confronti delle donne vulnerabili nei Paesi in via di

¹²⁶ VALLINI A., *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno LXVI, fasc. 1, 2023, pag. 93.

sviluppo. Il Parlamento europeo ha recentemente confermato la sua posizione riguardo alla maternità surrogata nella Risoluzione del 5 maggio 2022, relativo all'impatto della guerra in Ucraina sulle donne ed esprime la condanna di questa pratica, sottolineando che la maternità surrogata può esporre le donne, specialmente quelle più povere o vulnerabili, allo sfruttamento, soprattutto in situazioni di conflitto come la guerra. Si chiede quindi all'Unione Europea e ai suoi Stati membri di introdurre misure vincolanti per contrastare la maternità surrogata al fine di proteggere le madri surrogate durante la gravidanza, il parto e il periodo post-parto, garantendo i loro diritti e quelli dei neonati. Il Parlamento europeo evidenzia anche le gravi conseguenze della maternità surrogata sulle donne, i loro diritti e la loro salute, nonché le sfide legate alle implicazioni transfrontaliere di questa pratica, come nel caso delle donne e dei bambini colpiti dalla guerra in Ucraina, chiedendo un'analisi approfondita dell'industria della maternità surrogata, del contesto socioeconomico e delle condizioni delle donne incinte, nonché delle conseguenze sulla loro salute fisica e mentale e sul benessere dei neonati.

Inoltre, la Corte di Cassazione in Italia con la sentenza 38162/2022, parlando della surrogazione di maternità, ha sottolineato che la riduzione del corpo della donna ad "incubatrice meccanica e contenitore di una vita destinata ad altri", ne offende la sua dignità.

In sostanza l'obiettivo sembra essere quello di scoraggiare in modo deciso sia l'espatrio di coppie italiane per pratiche di surrogazione di maternità laddove consentite, sia il loro ritorno in patria con richieste di riconoscimento degli *status* familiari.

In questi casi risulta impossibile l'applicazione del principio di territorialità e la soluzione va ricercata in deroga a quest'ultimo.

Ad una prima analisi sembrerebbe poter venire in rilievo l'art. 9, comma 2 c.p., il quale stabilisce che i cittadini italiani che commettono reati comuni all'estero, puniti con una pena di reclusione inferiore a tre anni - come nel caso della surrogazione di maternità, punibile con massimo due anni di reclusione - possono essere perseguiti su richiesta del Ministro della Giustizia. Quindi, in forza di questa disposizione, la surrogazione di maternità compiuta interamente all'estero da cittadini italiani può essere già considerata un reato secondo la legge italiana, a condizione che il Ministro della

Giustizia ne faccia richiesta. Questa interpretazione trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

In particolare, con la sentenza n. 5198 del 2020 la Suprema Corte ha stabilito che la sola attività di richiedere informazioni via e-mail ad una clinica estera non costituisce un'ipotesi di "realizzazione" della maternità surrogata e quindi non è perseguibile come reato, ma se l'azione include anche il viaggio all'estero e la conclusione della pratica allora il reato è configurabile e perseguibile secondo la legge italiana in base all'art 9, comma 2 c.p.

Della validità della procedura che prevede la richiesta del Ministro della Giustizia si dà atto anche in una precedente sentenza, la n. 13525 del 2016, in cui tuttavia i Giudici di legittimità avevano stabilito che, nonostante suddetta richiesta del Ministro della Giustizia, il reato non si dovesse ritenere configurato in difetto della conoscibilità della legge penale italiana, ossia per uno scusabile errore sulla legge italiana da parte dei cittadini che avevano realizzato all'estero un fatto ivi lecito. Errore che può influenzare la responsabilità penale di un individuo poiché può essere considerato un elemento che incide sulla consapevolezza della condotta penalmente perseguibile.¹²⁷

Per garantire l'immediatezza dell'azione penale e mitigare le difese basate sull'ignoranza della legge, molti ordinamenti richiedono il principio della doppia incriminazione affinché si possa estendere la propria legge penale ai crimini commessi all'estero. Questo significa che affinché un cittadino possa essere perseguito per un reato commesso all'estero, quel reato deve essere considerato un crimine anche nell'ordinamento giuridico del Paese in cui è stato commesso: principio che deve essere bilanciato con il diritto fondamentale di essere puniti solo in base a leggi penali chiare e accessibili al momento e nel luogo in cui si commette il reato, come sancito dall'art. 25 della Costituzione italiana e dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quindi l'idea che non tutti i membri della società possano avere una conoscenza esaustiva della legge penale è rafforzata, in alcuni casi, dalla mancanza di chiarezza delle disposizioni normative. Quindi, a maggior ragione se l'ordinamento giuridico del Paese in cui si agisce considera un comportamento non penalmente rilevante o perfettamente legale, essere puniti per la commissione di quel

¹²⁷ GATTA G.L., *Surrogazione di maternità come "reato universale"?* A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento, in *Sistema penale*, fasc. 5, 2023, pag. 4.

comportamento violerebbe il principio di legalità, almeno nelle sue implicazioni personali. Questo equilibrio è fondamentale per garantire sia l'efficacia dell'azione penale che la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.¹²⁸

In ogni caso, si profila l'inadeguatezza della disciplina prevista dall'art. 9, comma 2 c.p., a fronte dell'intento di punire il reato in questione senza sottoporre la sua punibilità a condizioni, quindi escludendo non solo la necessità di una richiesta formale del Ministro della Giustizia o della querela da parte della persona offesa, ma anche il requisito della doppia incriminazione; rendendo quindi possibile perseguire un individuo per un reato commesso all'estero senza la necessità di una previa condanna nel Paese in cui il reato è stato commesso.

L'applicazione della legge penale italiana a comportamenti non considerati reati secondo la legge del luogo in cui sono avvenuti potrebbe abolire completamente le distinzioni tra sistemi legali, costringendo i giudici del Paese in cui la pratica ha avuto luogo a consegnare un individuo per un atto che non è considerato reato secondo le proprie leggi nazionali, sollevando questioni cruciali riguardo la sovranità giuridica di ciascun Paese e il rispetto reciproco delle leggi nazionali. Inoltre, considerando il ruolo della pena come strumento di rieducazione, punire un cittadino per un atto considerato un crimine in Italia, ma non in un altro Paese, potrebbe costringere le persone a conformarsi a valori contingenti assolutizzati anziché favorire il processo di socializzazione e rieducazione, il che equivarrebbe essenzialmente a estendere la giurisdizione penale italiana al di là dei confini nazionali in un ambito riservato alla discrezionalità degli Stati nazionali, poiché coinvolge valutazioni etiche che possono variare da Paese a Paese.¹²⁹

In altre parole, per il caso di maternità surrogata si propone l'applicazione del principio universalistico della legge penale in base all'art 7, comma 1, n. 5 c.p., secondo cui è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero un reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali

¹²⁸ VALLINI A., *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *Genius*, 2023, pag. 15.

¹²⁹ LOSAPPIO G., *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in *Sistema penale*, 2023, pag. 3.

stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana incondizionatamente.¹³⁰ Nonostante la pratica della maternità surrogata non appaia inclusa tra i crimini contro l'umanità che solitamente giustificano l'invocazione dell'universalità della giurisdizione, hanno comunque preso vita diversi lavori di modifica ed estensione dell'art. 12, comma 6 della legge n. 40 del 2004, riflettendo alcuni aspetti delle proposte di legge già presentate durante la scorsa legislatura, in particolare la proposta n. 306 di Meloni e la proposta n. 2599 di Carfagna.

3.1. Le proposte di legge sull'estensione del divieto sancito all'art. 12, comma 6 della legge 40 del 2004 e i nodi irrisolti in punto di tipicità della fattispecie

Nel dibattito presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, le proposte di legge su cui era stata posta attenzione miravano a rafforzare il divieto di maternità surrogata, trasformandolo in un reato universale ed estendendo la sua portata anche al di fuori dei confini nazionali. Innanzitutto, la proposta di legge n. 342 di iniziativa dei deputati Candiani, Barabotti e Bof, presentata il 14 ottobre 2022 alla Camera dei Deputati, affrontava la delicata questione della maternità surrogata soprattutto in riferimento alla prevenzione del possibile sfruttamento commerciale dei bambini, con l'introduzione di un esplicito divieto per i cittadini italiani di accedere a tale pratica anche in Paesi stranieri. La proposta mirava ad inserire, dopo il comma 6 dell'art. 12, un nuovo comma, il 6-bis, nel quale si sanciva il divieto per i cittadini italiani di accedere alla surrogazione di maternità all'estero proprio al fine di ostacolare qualunque pratica che avrebbe potuto configurarsi come traffico commerciale di bambini e si estendevano le pene previste nel comma precedente anche al caso del cittadino italiano che avesse fatto ricorso alla surrogazione di maternità all'estero, sanzionando secondo le leggi italiane coloro che avessero violato il divieto in Paesi stranieri dove la pratica sarebbe potuta essere o legale o regolamentata in modo meno restrittivo, non venendo in rilievo quelle situazioni in cui la pratica è vietata anche nel Paese straniero in cui è commessa, caso in cui i soggetti agenti avrebbero subito ugualmente una sanzione. La proposta intendeva estendere il divieto alla sola surrogazione di maternità e al solo cittadino italiano accogliendo una logica di

¹³⁰ GATTA G.L., *Surrogazione di maternità come "reato universale"?* A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento, in *Sistema penale*, fasc. 5, 2023, pag. 7.

personalità attiva, se non fosse che in questo caso si sarebbe richiesta la punibilità del cittadino italiano incondizionatamente e quindi senza rispettare i requisiti richiesti dall'art. 9 c.p. Avendo poi come obiettivo principale quello di ostacolare il traffico commerciale di bambini, involontariamente offriva spunti per un'interpretazione volta a limitare il divieto alle sole pratiche a scopo di lucro. Inoltre, il comma 6-bis prevedeva un ambito di applicazione più circoscritto, vietando specificamente l'accesso alla surrogazione di maternità all'estero, focalizzandosi esclusivamente sulla penalizzazione del cittadino italiano che vi "ricorre". Si sarebbe allontanata quindi dal testo originale del comma 6, che sanziona invece tutti coloro che realizzano, organizzano o pubblicizzano tale pratica. La precisa scelta lessicale di utilizzare il verbo "ricorrere" nella pdl n. 342 consentiva di estendere chiaramente la punizione ai genitori intenzionali, quali soggetti che avrebbero fatto, appunto, ricorso alla maternità surrogata all'estero, eliminando i dubbi sorti circa la loro possibile punibilità alla stregua del comma 6, nella sua versione originaria. Tuttavia, se, sulla scorta di alcune interpretazioni date all'attuale formulazione della norma, si fosse continuata a sostenere la non punibilità dei genitori intenzionali si sarebbe giunti al paradosso secondo cui la loro condotta non punita se commessa in Italia, lo sarebbe stata se commessa all'estero. Dunque da quanto appena detto emergeva chiara la necessità di dover armonizzare, alla luce della nuova scelta lessicale, il testo attuale, che, come detto, non chiarisce in maniera inequivoca se il genitore intenzionale possa essere punito nell'ipotesi in cui "realizza" la maternità surrogata in Italia.

La proposta di legge n. 1026 di iniziativa dei deputati Lupi, Bicchielli, Cavo, Collucci, presentata il 21 marzo 2023 alla Camera dei Deputati, promuoveva, senza aggiungere un ulteriore comma al precedente, l'integrazione del comma 6 dell'art. 12 con un periodo che indicava l'applicazione delle pene stabilite dal presente comma per la surrogazione di maternità anche ai casi in cui il fatto fosse stato commesso all'estero da cittadino italiano, sottolineando quindi, anche in questo caso, sia che si trattava solo della surrogazione di maternità sia che si prendevano in riferimento esclusivamente i cittadini italiani.

Infine la proposta di legge n. 887 di iniziativa dei deputati Varchi, Almici, Ambrosi, Amich, Colosimo, De Corato, Deidda, Di Giuseppe, Iaia, Longi, Lucaselli, Malagutti, Marchetto, Aliprandi, Morgante, Tremaglia, Urzì, presentata il 15 febbraio 2023 alla

Camera dei Deputati, era volta ad ampliare le disposizioni dell'art. 12 comma 6, sempre senza aggiungere un ulteriore comma, esplicitando che le pene stabilite dal presente comma si applicavano anche se il fatto fosse stato commesso all'estero, senza però indicare né che la punizione era limitata al caso di surrogazione di maternità né che doveva essere rivolta al cittadino italiano. Questa proposta di legge estendeva la punibilità non solo al cittadino italiano ma anche allo straniero e non solo in merito alle pratiche di maternità surrogata ma anche con riferimento alla commercializzazione di gameti. Per evitare un'eccessiva estensione del divieto, già durante l'esame in sede referente la suddetta proposta è stata modificata attraverso l'approvazione di un emendamento, che ha limitato la punibilità in Italia della commercializzazione di gameti e della surrogazione di maternità commesse all'estero, al solo cittadino italiano e non anche allo straniero.

Sicuramente, sarebbe stato ancor più problematico, dal punto di vista legale, punire anche i cittadini stranieri che, in base alle leggi del loro Paese di origine, avessero optato per la gestazione surrogata e si trovassero temporaneamente in Italia a dover rispondere alle accuse davanti ai Tribunali italiani. Successivamente la proposta è stata ulteriormente modificata, infatti una volta approvata dalla Camera dei Deputati il 26 luglio 2023 assorbendo le altre due, la n. 342 e la n. 1026, è stata trasmessa al Senato il giorno successivo e il disegno di legge n. 824 che la riporta, limita la punibilità alla sola surrogazione di maternità, senza nulla dire riguardo la commercializzazione di gameti. Nello specifico, il testo licenziato dalla Commissione Giustizia risulta essere il seguente: "Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana". D'altronde il riferimento anche alla commercializzazione di gameti sarebbe potuto risultare superfluo soprattutto in considerazione della direttiva europea 2004/23/CE, adottata in Italia con il d.lgs. n.191/2007, con cui si disciplina la donazione di tessuti e cellule umane, prevedendo la gratuità e volontarietà della donazione e limitando l'indennità dei donatori alle sole spese inconvenienti derivanti dalla donazione.

Le differenze strutturali dei progetti di legge presentati riguardavano innanzitutto aspetti formali: gli ultimi due prevedevano un'integrazione del comma 6, mentre la proposta n. 342 prevedeva l'introduzione di un nuovo comma.

Va sicuramente notata, in tutte e tre le proposte, l'assenza di una chiara definizione delle azioni soggette a sanzioni penali, che riflette anche il difetto della normativa attuale: questa mancanza attrae diverse criticità riguardo alla conformità della normativa al principio di legalità e ai principi ad esso correlati di tassatività e determinatezza. D'altronde già il termine maternità è intrinsecamente complesso, considerando anche l'evoluzione delle tecniche di riproduzione delle configurazioni familiari, in più esistono diverse forme di gravidanza surrogata per cui sia in relazione alle modalità con cui è compiuta, commerciale o altruistica, sia in relazione alle persone coinvolte, tra cui committenti e medici, potrebbero sorgere delle risposte punitive diverse. Pertanto, sarebbe necessario che la legge specificasse quali azioni, quali soggetti e in quali fasi la pratica dovrebbe essere punita, perché punirla in modo generico estendendo semplicemente la punibilità anche a fatti commessi all'estero, non chiarisce a quale specifica situazione debba riferirsi la disposizione. In questo modo si finisce per criminalizzare tutti i comportamenti indiscriminatamente, nonostante le differenti implicazioni. Al di là della considerazione sulla gratuità o onerosità della pratica di maternità surrogata e senza entrare nel dettaglio della situazione economica della gestante o dell'accertamento del suo consenso, emerge soltanto l'importanza di tutelare la dignità di ogni essere umano, sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo. Questo approccio mira a considerare non solo la sensibilità individuale, ma anche il valore intrinseco di ogni persona. Tuttavia, la mancanza di distinzione tra maternità surrogata commerciale e altruistica solleva dubbi e suggerisce che anche nella surrogazione altruistica, la generosità della donna surrogata potrebbe essere condizionata dal profitto di tutti i soggetti coinvolti, comprese le agenzie che gestiscono la pratica.¹³¹ Quindi questo approccio uniforma pratiche e situazioni diverse sotto lo stesso giudizio disapprovativo, senza considerare le sfumature delle circostanze individuali che caratterizzano la maternità surrogata. In particolare, si evidenzia il rischio di semplificare eccessivamente la complessità delle situazioni individuali, perché assumendo che le donne coinvolte nella maternità surrogata siano per definizione in uno stato di vulnerabilità che le rende incapaci di prendere decisioni autonome, si ignora la possibilità che una donna possa scegliere consapevolmente e

¹³¹ D'ALOIA A., *Serve davvero il "reato universale" di maternità surrogata?*, in *Federalismi*, fasc. n. 25, 2023, pag. 7.

liberamente di intraprendere una gravidanza surrogata senza essere automaticamente considerata incapace di autodeterminarsi.¹³² La dignità umana, in questo caso quella delle donne, rappresenta un principio fondamentale nelle normative, ma è importante invocarlo con cautela per promuovere un dibattito equilibrato e razionale su questioni etiche che coinvolgono principi contrastanti.¹³³ Inoltre, è importante considerare che non esiste un consenso universale sulla nozione di dignità umana e una visione che la consideri come un concetto assoluto potrebbe minare la libertà individuale. In conclusione, la complessità della maternità surrogata richiede un approccio ponderato che tenga conto delle varie sfaccettature delle circostanze individuali e che promuova il rispetto della dignità umana, bilanciando la tutela dei diritti delle madri surrogate coinvolte, con altre preoccupazioni etiche e sociali. Di conseguenza, alcuni sostengono l'importanza di abbandonare l'idea della donna surrogata come figura automaticamente sfruttata e di esplorare invece la realtà di questa pratica ascoltando direttamente le madri surrogate, i figli nati da surrogazione, i genitori committenti e gli altri attori coinvolti, per evitare generalizzazioni che potrebbero far presumere di conoscere il valore di tutte le esperienze e che potrebbero demonizzare indiscriminatamente la pratica della maternità surrogata.¹³⁴ Ascoltare le voci direttamente coinvolte nella maternità surrogata potrebbe permettere di comprendere meglio le dinamiche complesse e i molteplici punti di vista coinvolti. Potrebbe rivelare una gamma più ampia di esperienze, comprese quelle positive e gratificanti, che sfidano le rappresentazioni stereotipate e semplificate della pratica.¹³⁵ Inoltre, un

¹³² Come sostenuto dalla professoressa Marilisa D'amico in un'audizione informale davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 12 aprile 2023.

¹³³ GALLO F., RE F., D'ANDREA R., CICATELLI A., ARDITO E., MICELI M., NEGRI L. M. R., STRINGA P, *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge "Meloni" e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in *Giurisprudenza Penale web*, fasc. 7, 2022, pag 9.

¹³⁴ VALLINI A., *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *Genius*, 2023, pag. 18

¹³⁵ La maternità surrogata può essere vista come una forma di sfruttamento e mercificazione del corpo delle donne e dei bambini, come evidenziato da molte autrici femministe. Tuttavia, può anche essere considerata un'esperienza di solidarietà e reciproca conoscenza tra adulti consapevoli e maturi, che scelgono liberamente di partecipare a questo progetto comune per dare vita a un nuovo essere umano. Un esempio di questa prospettiva positiva è rappresentato dall'esperienza di Sandrine, una donna francese di quarantadue anni che, pur avendo già due figli, ha deciso di aiutare prima due coppie sterili e poi una coppia omosessuale ad avere un bambino. Sandrine ha fatto ciò per il desiderio di rivivere l'esperienza della gravidanza senza però dover crescere un altro figlio, ma anche per portare gioia ad

approccio centrato sull'ascolto e sulla comprensione potrebbe aiutare a sviluppare politiche più inclusive e rispettose della dignità e dell'autonomia delle persone coinvolte nella maternità surrogata.¹³⁶

Essendo le pratiche di surrogazione di maternità intrinsecamente complesse e coinvolgendo spesso soggetti diversi in vari ruoli e in luoghi differenti, una normativa penale relativa al fenomeno dovrebbe pertanto specificare chiaramente quali comportamenti siano considerati tipici e chi siano i soggetti coinvolti.

La surrogazione si caratterizza per la presenza di diverse fasi: a quella negoziale iniziale tra i genitori intenzionali e la madre surrogata, eventualmente supportata da mediatori organizzatori, segue poi quella del concepimento che può coinvolgere medici, donatori di gameti e altri terzi. Immediatamente successiva è la fase della gravidanza che può essere soggetta a vari episodi problematici e richiedere il coinvolgimento di più soggetti per gestirla adeguatamente; vi è poi il parto e infine la consegna materiale del bambino e quindi il trasferimento giuridico dello *status* di genitore, che può coinvolgere ulteriori soggetti, sia direttamente che indirettamente. Per esempio, se l'obiettivo del divieto fosse quello di prevenire la formazione di un embrione in seguito a un accordo di surrogazione di maternità, allora almeno il momento della produzione dell'embrione dovrebbe essere soggetto a norme penali. Invero l'eccessiva vaghezza dell'attuale norma ha come ulteriore effetto collaterale quello di rendere incerta l'individuazione dell'esatto momento di consumazione del reato.¹³⁷

Alcuni studiosi suggeriscono che il reato si configuri con la conclusione dell'accordo, mentre altri ritengono che sia il medico che applica le tecniche di PMA su una donna diversa dalla futura madre sociale a commettere il reato, degradando la donna reclutata

altre persone. La testimonianza di Sandrine dimostra che l'argomento secondo cui offrire il proprio lavoro riproduttivo sia intrinsecamente degradante per una donna non è sempre valido in tutte le circostanze. In alcuni casi, la maternità surrogata può essere un atto di altruismo e solidarietà che arricchisce la vita di tutte le parti coinvolte. CASALINI B., *[Nel best interest dei bambini e delle madri surrogate]*, in *Cambio*, n. 9, 2015, pag. 34.

¹³⁶ Contrariamente a quanto spesso presupposto, le madri surrogate sono donne normali, non necessariamente in condizioni finanziarie disperate e non attraversano crisi emotive dopo la nascita del bambino. Questi sono stereotipi comunemente accettati nella ricerca, ma sono contraddetti dai dati reali. È imperativo adottare un approccio più imparziale e basato su prove, che non sia influenzato da aspettative culturali o pregiudizi. Solo in questo modo si può ottenere una comprensione genuina e rispettosa delle esperienze e delle motivazioni delle madri surrogate.

¹³⁷ DI NINO A., *Verso un diritto penale onnipresente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *Sistema penale*, 2024, pagg. 94 - 118.

ad un mero organismo riproduttore. Altri esperti ancora propongono di individuare il momento consumativo del reato nella consegna del bambino ai committenti, poiché solo in questo momento che il fenomeno si completa e il bambino diventa effettivamente parte della nuova famiglia. La mancanza di una chiara definizione legislativa rende (e renderebbe, se si continuasse su questa linea) difficile stabilire quando il reato si consumi e chi sia effettivamente il responsabile.

3.1.1. Sul tavolo del Senato

Attualmente il disegno di legge n. 824, a cui poc'anzi si faceva riferimento, è in corso di esame in Senato congiuntamente anche ad altri disegni di legge presentati sul medesimo tema. Nello specifico, già il 13 ottobre 2022 era stato presentato il disegno di legge n. 163, di iniziativa del senatore Gasparri, che propone la sostituzione del comma 6 con il seguente: “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità, anche all'estero, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. (...)”. Similmente a quanto previsto nel disegno di legge prospettato, anche quest'ultimo si propone di applicare le pene previste ai fatti commessi all'estero, ma in questo caso, come nell'originaria proposta Varchi, si estende la punibilità non solo all'ipotesi di maternità surrogata ma anche a quella di commercializzazione di gameti. Inoltre il ddl 163 specifica che, nel caso di figli nati all'estero da cittadini italiani, sia con la pratica della surrogazione di maternità che con la commercializzazione di gameti, le autorità diplomatico-consolari italiane e gli uffici di stato civile, nel momento in cui gli viene richiesto di procedere alla legalizzazione dei documenti di nascita o nel momento in cui ricevono una dichiarazione di nascita, sono obbligati a richiedere esplicitamente se la nascita sia avvenuta mediante il ricorso alla pratica della surrogazione di maternità o alla commercializzazione di gameti (riferendosi genericamente alla necessità di indicare il ricorso alla pratica “di cui al periodo precedente”, che contempla entrambe le fattispecie). Pur prendendo in considerazione la trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati da maternità surrogata, si deve rilevare che l'argomento è trattato in maniera superficiale poiché non fornisce adeguate risposte alle ipotesi in cui alle autorità diplomatico-consolari

italiane e agli ufficiali di stato civile venga fornita risposta positiva in ordine alla nascita del bambino da maternità surrogata.

Un altro disegno di legge abbinato per la trattazione è il n. 245, presentato il 26 ottobre 2022 su iniziativa dei senatori Rauti e Malan, che prevede l'indicazione al comma 6 secondo cui le stesse pene attualmente previste si applichino anche se il fatto è commesso all'estero. Questi ultimi disegni di legge presentati non limitano la punibilità né al caso di surrogazione di maternità né esclusivamente ai cittadini italiani e, proprio come per la formulazione iniziale della proposta di legge n. 887 temporalmente successiva, necessitano ipoteticamente degli stessi emendamenti. Da ultimo, un ulteriore disegno di legge, quello n. 475, è stato presentato il 19 gennaio 2023 su iniziativa dei senatori Romeo, Bizzotto, Germanà, Centinaio, Paganella, Stefani, Cantù, Murelli, Minasi, Marti, Garavaglia, Bergesio, Borghesi, Borghi, Cantalamessa, Dreosto, Pirovano, potenti, Pucciarelli, Spelgatti, Testor e Tosato e mira sempre a contrastare la pratica della maternità surrogata, ma vi provvede in modo più dettagliato rispetto a tutti i casi precedenti, esponendo per lo scopo addirittura diversi articoli. La prima differenza che si nota è nell'art. 1, in cui per la prima volta si ipotizza una definizione di maternità surrogata e lo si fa considerandola come “una pratica riproduttiva mediante la quale gli adulti ottengono prole delegando la gravidanza e il parto a una donna esterna alla coppia che si impegna a consegnare loro il nascituro”. Inoltre, in seguito, si indica tra gli obiettivi primari perseguiti dallo Stato italiano quello di contrasto alla pratica della maternità surrogata e di tutela dell'interesse prioritario del minore, in linea con i principi costituzionali e le pronunce della Corte costituzionale, tenendo in particolare considerazione la sentenza n. 272/2017, che ricorda che la pratica della surrogazione di maternità “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”, ma anche in coerenza con i principi sanciti dalle risoluzioni del Parlamento europeo che ribadiscono la condanna della maternità surrogata.¹³⁸ E, ancora, gli obiettivi devono rispettare la

¹³⁸ Il Parlamento europeo, in diverse risoluzioni, ha mostrato la propria posizione di condanna nei confronti della pratica della maternità surrogata a fini commerciali, considerandola rappresentativa di uno sfruttamento del corpo e degli organi riproduttivi femminili. Ha chiesto agli Stati membri di proibire e trattare urgentemente la questione della gestazione surrogata, soprattutto quando coinvolge donne vulnerabili nei Paesi in via di sviluppo e ha sollecitato l'introduzione di chiari principi e strumenti giuridici volti ad affrontare le violazioni dei diritti umani correlate a questa pratica. Infine, condannando tutte le forme di violenza sessuale, ginecologica e ostetrica contro le donne, vi ha incluso la maternità surrogata forzata.

Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, ratificata ai sensi della legge 14 Marzo 1985, n. 132, nonché la Convenzione sui diritti del fanciullo ratificata ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176 e quella supplementare relativa all'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù regolare ratificata ai sensi della legge 20 dicembre 1957, n. 1304. In particolare, il disegno di legge propone anche l'introduzione di un nuovo articolo al Codice penale che punisca la surrogazione di maternità con pene detentive e pecuniarie più severe rispetto alle precedenti. L'articolo in questione sarebbe inserito tra quelli sui delitti contro la personalità individuale, a seguito dell'art. 600-*quinqüies* c.p. sulle iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, che sono punite senza alcun limite territoriale o di cittadinanza e verrebbe rubricato al numero 600-*quinqüies*.1 come "Surrogazione di maternità", introducendo una nuova condotta punibile cioè quella della commissione della surrogazione di maternità e perseguendo il reato anche se il fatto è commesso, in tutto o in parte, all'estero ai sensi dell'articolo 604 del codice penale (comma 2).¹³⁹ Innanzitutto l'inclusione del reato di surrogazione di maternità all'interno del codice penale potrebbe portare chiarezza al sistema legislativo e facilitare anche l'identificazione del bene giuridico protetto attraverso la criminalizzazione della pratica, poi sembra che secondo alcuni l'art. 7 c.p. non sia stato inserito solo per sanzionare condotte di estrema gravità, essendo infatti prevista la punibilità per ogni reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana.¹⁴⁰ Ad esempio, l'art. 604 c.p. estende la punibilità di alcuni reati sessuali commessi all'estero da cittadini italiani o in danno di cittadini italiani. Questo significa che anche se un reato sessuale viene commesso all'estero, se coinvolge un cittadino italiano, la legge italiana può essere applicata e il colpevole può essere perseguito. Allo stesso modo, l'art. 600-*quinqüies*

¹³⁹ Art 604 c.p.: "Le disposizioni di questa sezione nonché quelle previste dagli articoli 609bis, 609ter, 609quater, 609quinqüies, 609 octies e 609 undecies si applicano altresì, quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero da cittadino straniero in concorso con cittadino italiano. In quest'ultima ipotesi il cittadino straniero è punibile quando si tratta di delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e quando vi è stata richiesta del Ministro di grazia e giustizia."

¹⁴⁰ PARODI C., *La maternità surrogata come reato universale: comprendere prima di valutare*, in *Centro Studi Livatino*, 2023, pag. 9.

c.p. stabilisce la punibilità di coloro che organizzano o promuovono viaggi volti alla fruizione di attività di prostituzione, soprattutto se coinvolgono minori, anche se tali attività avvengono all'estero. Questo dimostra come la legislazione italiana intenda proteggere i suoi cittadini, specialmente quelli più vulnerabili come i minori, anche al di fuori del territorio nazionale. Sono casi specifici in cui la punibilità è prevista per proteggere singoli individui, spesso in una condizione di particolare vulnerabilità, ma è importante continuare ad evidenziare che la maternità surrogata non rientra tra reati di estrema gravità né è valutata tale su larga scala.

Inoltre, si prevedono pene ben più elevate rispetto all'art 12, comma 6 della legge n. 40/2004, ma occorre ricordare che le pene, sia detentive che pecuniarie, devono essere proporzionate rispetto al disvalore dell'illecito commesso e che se la sanzione risultasse eccessiva rispetto alla condotta commessa, si andrebbe a compromettere il processo rieducativo, poiché il condannato potrebbe percepirne l'ingiustizia, rischiando di minare l'efficacia del sistema penale. Infatti, se da un lato è consentito al legislatore decidere la misura delle pene, dall'altro è necessario considerare che questo potere discrezionale non è illimitato e che il legislatore deve tener conto di altri principi costituzionali, per cui le pene devono essere proporzionate alla gravità del reato commesso e il trattamento dei condannati non può essere inumano. In più delle sanzioni troppo ampie costringerebbero il giudice a valutare caso per caso il grado di gravità del reato nel determinarne la pena sostituendosi così al legislatore, utilizzando quindi un'eccessiva discrezionalità che andrebbe contro lo scopo delle limitazioni edittali volte a stabilire confini chiari alle sanzioni. Infine, sempre nel ddl da ultimo analizzato, si stabilisce che il pubblico ministero invii la formulazione dell'imputazione ai sensi dell'articolo 405 del Codice di procedura penale al Presidente del competente Tribunale per i minorenni per ogni valutazione di competenza al fine della adottabilità del nato da maternità surrogata e che, nel caso in cui si annotasse nei registri dello stato civile il nato da maternità surrogata, il responsabile sarebbe punito per alterazione di stato ai sensi dell'articolo 567, comma 2 c.p., reato che per la verità, come esposto in precedenza, non viene ad esistenza in questi casi.

Il 12 marzo 2024 in Senato, con la seduta n. 133 della seconda Commissione permanente Giustizia, è stato promosso un rinvio dell'esame congiunto di tutti i

disegni di legge sopra presentati, invitando tutti i gruppi parlamentari a definire i soggetti da audire per poter successivamente procedere alla valutazione e discussione dei ddl. La decisione sembrerebbe derivare dalla necessità di ulteriori approfondimenti, dalla complessità delle questioni trattate e, ovviamente, dalla richiesta di chiarimenti da parte dei membri della Commissione, che cercheranno di adottare un approccio metodico e attento nell'affrontare le questioni da trattare e le loro possibili conseguenze.

4. La complessa questione della punizione per atti legalmente compiuti all'estero

Le proposte di legge in esame sembrerebbero voler fornire ai Tribunali italiani la possibilità di condannare il cittadino italiano o, in alcuni casi, anche lo straniero per aver compiuto la pratica di surrogazione di maternità all'estero, in Paesi dove la stessa è legale. Ambire a elevare la maternità surrogata a "reato universale", nonostante tale pratica non sia considerata universalmente un reato e quindi adottare un criterio di extraterritorialità nel quadro legislativo nazionale potrebbe riflettere un approccio caratterizzato da accentuato paternalismo, in cui lo Stato si pone come tutore della moralità dei suoi cittadini ovunque si trovino, interferendo anche in ambiti che potrebbero essere considerati privati e personali.¹⁴¹ Infatti dovrebbe essere universale non solo l'intervento punitivo in sé, ma anche e piuttosto il giudizio di valore relativo ad una particolare fattispecie di reato. In relazione al reato di surrogazione di maternità, si rileva non solo che non è punito allo stesso modo in ogni Paese, ma addirittura che in alcuni Paesi non è neanche considerato reato.¹⁴² Quando si parla di diritto penale internazionale come di quello che si estende oltre i confini nazionali, possiamo considerare due prospettive diverse: da un lato può essere interpretato come strumento di espansione della sovranità nazionale, mentre dall'altro può essere visto come un meccanismo cosmopolita volto a difendere i diritti umani fondamentali in un'opera di collaborazione internazionale. La natura imperialistica dell'esercizio della sovranità punitiva di uno Stato diventa più evidente quando, appunto, c'è poco consenso nella

¹⁴¹ PELISSERO M., *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, pag. 7.*

¹⁴² FUSCALDO F., *Maternità surrogata, reato universale?*, in *Altalex*, 2023.

comunità internazionale riguardo alla necessità di reprimere un determinato reato, che viene perseguito pur in assenza del rispetto del principio della doppia incriminazione, indicando sfiducia nei confronti degli Stati che consentono tale pratica. L'approccio delle proposte di legge in esame riflette un'aspirazione imperialistica nel diritto penale internazionale, cercando di imporre la propria visione su questioni controverse sia a livello internazionale che nazionale e che non sono unanimemente considerate reati: infatti se la comunità internazionale concordasse sull'illiceità di tale pratica, non ci sarebbe stata o quantomeno sarebbe stata minore l'esigenza di estendere la punibilità di tali azioni all'estero, poiché il turismo procreativo non sarebbe stato così diffuso. Si evidenzia che è poco realistico e non conforme ai principi giuridici, considerare le scelte di un legislatore nazionale come opzioni di valore universale assolute. D'altronde il diritto penale ha dei limiti, può individuare e punire comportamenti dannosi, ma non può risolvere problemi sociali complessi o promuovere un'identità comune attraverso la coercizione legale, non può essere utilizzato per costringere le persone ad adottare dei valori attraverso minacce di punizione.¹⁴³ Sul punto la Corte EDU ha confermato che gli Stati hanno il diritto di regolare la maternità surrogata in base alle proprie norme e i propri valori, ma classificare la maternità surrogata come un reato universale potrebbe andare oltre il loro potere ed essere considerato un'eccessiva interferenza con la sovranità degli altri Stati, in violazione del principio di lealtà e cooperazione internazionale e in violazione anche dell'assunto che vede la sanzione penale come *extrema ratio*, cioè come uno strumento da adottare soltanto in assenza o inadeguatezza di altri mezzi di tutela.¹⁴⁴ Infatti, in merito all'ultima questione, imporre sanzioni penali ai cittadini italiani che si recano all'estero per compiere tale pratica potrebbe non essere l'unica soluzione adeguata per prevenire il turismo procreativo. Riconoscere l'adozione di misure punitive può avere conseguenze significative sia per le persone coinvolte direttamente nella pratica della maternità surrogata sia per la società nel suo complesso.

¹⁴³ GALLO F., RE F., D'ANDREA R., CICATELLI A., ARDITO E., MICELI M., NEGRI L. M. R., STRINGA P, *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge "Meloni" e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in *Giurisprudenza Penale web*, fasc. 7, 2022, pag 23.

¹⁴⁴ D'AMICO M., *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 4, 2023, pag. 13.

4.1. Tra principio universalistico e principio di personalità attiva

In Italia la pena prevista per il reato di maternità surrogata è relativamente bassa, soprattutto se considerata in relazione a quella pecuniaria che è particolarmente incisiva. Ciò sottolinea un orientamento della legge verso la criminalizzazione del profitto, inducendo a pensare che la volontà sia quella di disincentivare la pratica della maternità surrogata scoraggiando l'aspetto economico della stessa ed evidenziando quindi, ancora una volta, la gravità del suo aspetto commerciale, piuttosto che tutelare un vero e proprio interesse incondizionato teso a proteggere la dignità e i diritti delle persone coinvolte. Ma se l'universalità della giurisdizione può essere invocata eccezionalmente per crimini contro l'umanità o gravi reati contro lo Stato o l'individuo, non sembra invece giustificabile se applicata a un reato che è significativamente meno grave e la cui rilevanza penale non è fondata su valori generalmente condivisi, né sembra riflettere una risposta proporzionata ai veri bisogni della società o ai principi di giustizia.

In secondo luogo, quello che si propongono la maggior parte delle proposte di legge è di punire soltanto i cittadini italiani che ricorrono all'estero alla pratica della maternità surrogata e soprattutto che facciano rientro in Italia, non volendo e non potendo sanzionare gli individui di altre nazionalità né gli italiani che non rientrano sul territorio nazionale. Si vuole intervenire sulle azioni di individui che chiaramente hanno un impatto giuridico nazionale, cercando di ottenere un effetto legale a livello nazionale delle loro azioni all'estero, anziché intervenire sulle azioni volte a promuovere la gestazione surrogata. Questa intenzione di limitare l'ambito di intervento della legge italiana ai suoi cittadini riduce il rischio di interferenze indebite con la sovranità degli altri Stati, che potrebbero essere maggiormente considerate se la nuova legge non fosse focalizzata sulle situazioni di carattere nazionale. Ma si parlerebbe a questo punto di un'applicazione del principio di personalità attiva piuttosto che di quello di universalità e ci sarebbe da chiedersi se non sia discriminatorio punire solo i cittadini italiani per un reato che sembrerebbe, alla luce dei progetti di legge, talmente grave da dover essere perseguito anche se compiuto in territori che lo consentano e, inoltre, punire solo gli italiani che facciano ritorno nel

proprio Paese dopo aver avuto accesso alla suddetta tecnica, senza invece poter sanzionare coloro che, pur sempre italiani, decidono di rimanere all'estero.

Riguardo l'ultimo punto affrontato ci si dovrebbe quindi interrogare anche sulla controversa discussione in merito alla presenza o meno dell'accusato nel territorio dello Stato del foro affinché la giurisdizione su base universale possa essere attivata. La differenza tra giurisdizione universale pura e giurisdizione universale condizionata alla presenza, anche temporanea, della persona accusata nello Stato procedente, crea particolari dubbi su cui neanche la Corte Internazionale di Giustizia si è pronunciata.¹⁴⁵ Ma optare per una giurisdizione universale incondizionata solleva diverse preoccupazioni perché tale approccio potrebbe portare a un sovraccarico incontrollabile per il sistema giudiziario, specialmente se basato sull'obbligatorietà dell'azione penale, oltre ovviamente a poter comportare un'ingerenza inaccettabile nei confronti della sovranità degli altri Stati.¹⁴⁶ Per questo motivo, sarebbe necessario che l'adozione di un tale approccio fosse basata su motivazioni ponderate e attentamente valutate, eventualmente sottoposte a una verifica di ragionevolezza.

4.2. Il confine tra sanzione penale efficace e simbolica

La diversità delle leggi nazionali riguardanti la maternità surrogata rende estremamente complesso garantire un'applicazione coerente ed efficace della legge penale in questi casi. Le proposte di modifica sembrano, infatti, più indirizzate ad esprimere disapprovazione, piuttosto che ad adottare un approccio veramente efficace per prevenire e contrastare la pratica della maternità surrogata. Coordinare l'azione legale tra giurisdizioni diventa una sfida significativa, specialmente quando si tratta di ottenere prove sufficienti per sostenere un caso penale. La mancanza di

¹⁴⁵ La Corte internazionale di Giustizia è l'organo giudiziario principale delle Nazioni unite. È situata all'Aia, Paesi Bassi e al compito di risolvere le controversie legali tra gli Stati membri e fornire consulenza legale su questioni giuridiche inviate dall'Assemblea Generale, dal Consiglio di Sicurezza o da altre agenzie specializzate delle Nazioni Unite. La CIG emette decisioni legali vincolanti basate sul diritto internazionale e sulle convenzioni internazionali pertinenti, le sue sentenze sono definitive e non sono soggette ad appello quindi gli Stati che sono parte in una controversia sono tenuti a rispettare e attuare le decisioni della Corte. Svolge un ruolo consultivo fornendo pareri legali, che non sono vincolanti ma sono considerati autorevoli e quindi hanno un peso significativo nell'interpretazione e nello sviluppo del diritto internazionale.

¹⁴⁶ VALLINI A., *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *Genius*, 2023, pag. 4

standardizzazioni e di un quadro normativo comune rende difficile raccogliere le prove necessarie per dimostrare la commissione di un reato, come la documentazione medica necessaria nel caso di maternità surrogata. Ciò si scontra con un dato di fatto importante: i soggetti che richiedono il riconoscimento dei minori nati tramite maternità surrogata devono comunque fornire documentazione sulla provenienza del bambino e indicare chi intendono riconoscere. Una possibile conseguenza è, infatti, che le coppie che scelgono questa via all'estero potrebbero evitare di registrare l'atto di nascita del bambino nel registro civile nazionale per sfuggire alle sanzioni e ciò comporterebbe una situazione di incertezza legale per il bambino, oltre che la privazione dei suoi diritti. Come detto in precedenza, secondo la Corte Costituzionale italiana, il vuoto normativo sulla tutela dell'interesse del minore è una questione che richiede un intervento legislativo volto a trovare un equilibrio tra i vari diritti costituzionali coinvolti, che la Corte non ritiene di poter raggiungere da sola, poiché un suo intervento diretto potrebbe causare disarmonie nel sistema giuridico complessivo. Tuttavia, i progetti di legge presentati non affrontano la questione, perché invece di legiferare sul vuoto normativo e garantire la tutela degli interessi dei minori, si concentrano esclusivamente sulla sanzione penale da applicare nei confronti dei genitori, rischiando di aggravare il vuoto di tutela nei confronti dei figli e violando i principi fondamentali sia della legislazione nazionale che internazionale. Quindi, il turismo procreativo, che queste proposte cercano di contrastare e ostacolare, potrebbe continuare a esistere, ma in forma clandestina, diventando un'attività nascosta, senza alcuna protezione, soprattutto per le persone più vulnerabili, che sarebbero lasciate completamente indifese e senza assistenza. Questi progetti di legge con la volontà di preservare la dignità della donna, anche quando non vi è alcun caso di sfruttamento, in verità sacrificano gli interessi del minore.¹⁴⁷

In un documento pubblicato nel 2022 congiuntamente dall'UNICEF e dall'associazione Child Identity Protection è stato sottolineato che i bambini nati tramite gestazione per altri hanno gli stessi diritti di tutti gli altri bambini e che tutti gli Stati sono tenuti a proteggere i diritti umani dei bambini nati tramite questa pratica, senza discriminazioni. È cruciale anche considerare la conformità alla CEDU dei

¹⁴⁷ Come sostenuto dall'avvocato Ida Parisi in un'audizione informale davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 3 maggio 2023.

progetti di legge esaminati, data l'importanza delle obbligazioni poste al legislatore nazionale dall'art. 117, comma 1 Cost. secondo cui la potestà legislativa deve essere esercitata non soltanto nel rispetto della Costituzione, ma anche dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Finora, come ricordato precedentemente, la Corte EDU non si è ancora pronunciata sulla conformità della maternità surrogata alla Convenzione, ma ha offerto indicazioni cruciali riguardo alla gestione delle conseguenze che coinvolgono la tutela dei diritti del minore nato da tale pratica, sostenendo che è legittimo che uno Stato, aderente alla Convenzione, adotti misure dissuasive contro i propri cittadini che cercano di ricorrere a forme di procreazione vietate nel proprio Paese, tuttavia queste misure non devono compromettere i diritti inviolabili dei bambini nati da gestazione per altri, inclusi i diritti legati alla loro identità personale e appartenenza familiare. La mancanza di considerazione, nei progetti di legge, della situazione dei minori nati all'estero da maternità surrogata e degli effetti che l'introduzione di una nuova fattispecie delittuosa potrebbe avere su di loro evidenzia un problema di coordinamento con il sistema convenzionale e quindi anche con il sistema costituzionale, in relazione alla loro conformità all'art. 117, comma 1 Cost.

D'altronde vietare penalmente le azioni dei genitori coinvolti nella maternità surrogata non è sufficiente per proteggere gli interessi e lo *status* dei minori coinvolti e potrebbe essere considerata una risposta più simbolica che pratica ai problemi legati alla maternità surrogata. Questo dovrebbe far riflettere sul fatto che l'uso del diritto penale può non essere efficace nel mutare comportamenti e orientamenti culturali e, anzi, può talvolta mettere a rischio la salute e la vita delle persone coinvolte.

5. Una possibile riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita: le proposte formulate dal gruppo di ricerca sui reati dolosi contro la vita e l'integrità fisica

Già prima della presentazione dei progetti di legge sopra menzionati, era stata avviata una riforma dei delitti contro la persona su proposta, nel 2017, del Consiglio Direttivo dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, che ha coinvolto anche il Laboratorio Permanente di Diritto Penale a partire dal 2021. È stata la prima volta che due associazioni scientifiche penalistiche hanno proposto una revisione approfondita

di un settore centrale e controverso del codice penale italiano, al fine di fornire un contributo utile anche al legislatore. Il lavoro di ricerca ha coinvolto professori, ricercatori e giovani studiosi penalisti nell'analisi critica della legislazione esistente, considerando l'evoluzione della giurisprudenza e le esigenze di tutela. Gruppi di lavoro, sotto il coordinamento dei membri del Consiglio Direttivo che hanno avviato l'iniziativa, hanno elaborato proposte di riforma e relazioni su specifici settori dei delitti contro la persona, la cui pubblicazione sul sito dell'Associazione ha poi dato il via a discussioni che si sono svolte in vari contesti accademici e professionali. Il Gruppo per la riforma dei reati dolosi contro la persona, coordinato da Roberto Bartoli e Antonio Vallini, ha presentato una proposta di riforma dei reati contro la vita e l'integrità fisica, concentrandosi su un nuovo complesso di reati che riguardano l'embrione umano, il nascituro e la maternità. La riforma proposta cerca di affrontare le carenze normative emerse dalle decisioni della Corte Costituzionale sulla legge 40/2004, proponendosi di superare gli ostacoli normativi all'esercizio delle libertà in materia di procreazione. Tra gli illeciti di concepimento, una pratica che ha suscitato un ampio dibattito all'interno del gruppo di ricerca è proprio quella della surrogazione di maternità, su cui sono state elaborate diverse ipotesi.

5.1. Il reato di dissociazione della maternità

Una delle ipotesi considerate prevede la punibilità di chi produce un embrione con gameti di una donna che ha commissionato la gestazione a un'altra donna, secondo un accordo in base al quale la donna committente diventerà la madre del nascituro. Questa proposta non solo delinerebbe la condotta incriminata, ma introdurrebbe anche una definizione chiara del fenomeno stesso risolvendo così il problema di ambiguità della legge n. 40 del 2004. Infatti, si definisce la surrogazione di maternità come la separazione della maternità biologica e sociale, organizzata da un operatore sanitario e basata su un pregresso accordo tra due donne in cui una donna si impegnerebbe a portare avanti la gravidanza con un embrione creato con gli ovociti dell'altra donna, per poi consegnare il bambino a quest'ultima dopo il parto. Il tentativo di commettere questo reato è anch'esso punito, così come è punita la donna che ha commissionato la gestazione. Nel caso in cui l'accordo venga stipulato approfittando delle condizioni di vulnerabilità della donna che si è impegnata alla gestazione, la pena può essere

diminuita per questa donna, ma aumentata per chi ha prodotto l’embrione. La proposta contempla anche la punibilità di chi trasferisce l’embrione nell’utero della donna che si è impegnata alla gestazione e, anche se non menzionato esplicitamente, si presume che il soggetto attivo del reato sia implicitamente il medico, l’ostetrica o comunque il professionista sanitario competente a creare l’embrione. In questo contesto, si delineano due ipotesi di reato proprio le cui responsabilità richiedono che il professionista sanitario abbia piena consapevolezza del precedente accordo tra le donne e agisca come esecutore materiale volontario.¹⁴⁸ Questa proposta sottolinea l’importanza di coordinare attentamente la legislazione penale con altre discipline, come la procreazione medicalmente assistita e il diritto privato in materia di responsabilità genitoriale e adozione. Si evidenzia, infatti, la necessità di proteggere gli interessi del minore, che non dovrebbe subire le conseguenze degli illeciti dei genitori. L’ipotesi considerata pone l’accento sulla dissociazione artificiale di maternità, suggerendo che l’atto di separare la maternità biologica dalla gestazione è considerato il nocciolo del disvalore. In questo contesto, il termine “dissociazione” implica una divisione o una separazione, suggerendo che l’atto di separare la maternità biologica dalla gestazione è considerato moralmente o socialmente indesiderabile. Sebbene la separazione genetica tra i genitori sociali e i figli, insieme al grado di artificialità della tecnica di surrogazione, possano essere considerati elementi negativi, diventano meno rilevanti quando i genitori intenzionali hanno contribuito alla procreazione utilizzando i propri gameti. Tuttavia la proposta testé enunciata pare non essere immune da profili critici. È importante notare che né la dissociazione genetica né l’artificialità della tecnica in sé costituiscono necessariamente un disvalore rilevante penalmente. La dissociazione genetica, ad esempio, potrebbe essere vista come una conseguenza naturale della surrogazione gestazionale, una scelta legittima per molte coppie che altrimenti non potrebbero avere figli biologici. Allo stesso modo, l’artificialità della tecnica non necessariamente implica una violazione dei principi etici o legali, purché venga condotta nel rispetto dei diritti e del benessere di tutte le parti coinvolte. Va considerato

¹⁴⁸ TIGANO V., *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita: le soluzioni suggerite dal gruppo di ricerca per la riforma dei reati dolosi e preterintenzionali contro la vita e l’integrità fisica*, in DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell’AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, Milano, 2023, pag. 172.

che la dissociazione di maternità si può verificare anche naturalmente quando una donna decide di rimanere incinta per poi cedere il bambino ad un'altra persona, una pratica lecita finché non comporta un illegittimo affidamento del minore a terzi, quindi non sarebbe ragionevole punire un fatto solo perché avviene in modo artificiale, a meno che l'applicazione della tecnica non provochi un danno che non sarebbe verificabile naturalmente. Infine, ci sarebbe da chiedersi nei casi in cui il trasferimento nell'utero materno non avviene, l'impianto dell'embrione non si verifica o la gravidanza non ha successo, se le condotte possano essere considerate punibili anche senza un vero conflitto di maternità. Potrebbe essere più opportuno includere anche comportamenti che si avvicinano di più alla fase conclusiva dell'accordo all'interno della proposta, o ancora subordinare la punibilità delle condotte alla condizione che si verifichi effettivamente la nascita del bambino.¹⁴⁹

Inoltre, parlare solo di dissociazione di maternità, comporterebbe un riferimento solo alle donne che utilizzano ovuli altrui per la fecondazione. Questo significa che gli uomini richiedenti che forniscono il proprio materiale genetico non sarebbero penalmente sanzionati e dovrebbero essere considerati padri a tutti gli effetti. Non è stata inclusa nessuna disposizione che punisca gli uomini che commissionano una gravidanza per proprio conto, sia come single sia in coppia con un altro uomo.¹⁵⁰ Questa omissione può essere compresa considerando attentamente sia il titolo attribuito al reato definito come surrogazione di maternità o come dissociazione di maternità, sia la definizione contenuta nella proposta, dove il fenomeno criminale viene descritto come l'esecuzione di un accordo tra le due donne coinvolte nella sostituzione materna. Pertanto, è coerente ritenere che quando un uomo si accorda con una donna affinché si sottoponga alle tecniche procreative nel suo interesse e gli consegni il bambino dopo il parto, non si configuri nessuna forma di dissociazione della maternità perché l'unica madre coinvolta nell'atto procreativo sarebbe la madre

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ TIGANO V., *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita: le soluzioni suggerite dal gruppo di ricerca per la riforma dei reati dolosi e preterintenzionali contro la vita e l'integrità fisica*, in DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, Milano, 2023, pag. 173.

biologica, mentre mancherebbe un'aspirante madre sociale. Ma questa conclusione non sembra appropriata.

5.2. La contrattazione per fini procreativi

Una seconda ipotesi si concentra, invece sulla commercializzazione del corpo della donna a fini di gestazione, tanto che il reato potrebbe essere intitolato “contrattazione per fini procreativi”. Questo concetto evidenzia la natura contrattuale della transazione, dove la gestante si impegna a portare avanti la gravidanza in cambio di denaro o altra utilità e la parte acquirente accetta di ricevere il bambino in cambio di tali pagamenti. La proposta di punire la donna che riceve o accetta promesse di denaro o altra utilità per portare in grembo un bambino per conto di un'altra persona e di punire anche chi si accorda per ottenere il bambino in cambio di pagamenti sottolinea la volontà di contrastare la pratica della gestazione surrogata commercializzata. È questo tipo di pratica che principalmente solleva importanti questioni etiche riguardo alla dignità della donna e alla mercificazione del corpo umano. Inoltre, anche in questo caso la proposta prevede pene più severe quando l'accordo viene stipulato sfruttando la vulnerabilità della gestante, riconoscendo la necessità di proteggere le donne da situazioni di sfruttamento o coercizione. Infine, si specifica che non si considera denaro o altra utilità “un indennizzo proporzionato alle spese sopportate dalla gestante per il fatto stesso della gravidanza”, proprio a voler maggiormente sottolineare che il disvalore della pratica risiederebbe nella commercializzazione del corpo della donna ai fini della gestazione. Se si ritiene che l'elemento negativo risieda nella commercializzazione delle vicende e delle relazioni genitoriali o più in generale del corpo di una donna o di un bambino, poiché comporta la lesione della dignità dei soggetti coinvolti e offre opportunità di sfruttamento a coloro che si trovano in situazioni di vulnerabilità, allora questo aspetto non sarebbe presente nella pratica della surrogazione a titolo gratuito, in cui non vi è alcuna transazione economica di questo tipo, il che riduce significativamente il rischio di sfruttamento delle parti coinvolte. È importante sottolineare, però, che nonostante la surrogazione a titolo gratuito possa essere priva di implicazioni economiche dirette, potrebbero comunque sorgere problematiche di natura etica, legate ad esempio alla possibilità di coercizione o alla pressione psicologica sulla madre surrogata, nonché alla questione della

trasparenza nei rapporti tra le parti coinvolte. Pertanto, sebbene la surrogazione a titolo gratuito possa ridurre il rischio di commercializzazione e sfruttamento, non è immune da altre questioni etiche e legali che richiedono un altrettanto attenta considerazione e regolamentazione.

Nella proposta in questione si elimina completamente il concetto di dissociazione e di maternità, non essendo quindi più necessario che sia coinvolta soltanto la donna committente, anzi in questo modo anche gli uomini sia single che in coppia possono essere autori del reato contratto.

5.3. La surrogazione di maternità fuori dal diritto penale

Contrariamente alle ipotesi precedenti, l'ultima ipotesi adotta un approccio diverso perché invece di creare un reato specifico per la surrogazione di maternità, non ne parla espressamente e opta per l'applicazione di fattispecie più generali, eventualmente rimodulate, anche in tema di affidamento illecito e alterazione di stato, concentrandosi sulla repressione della fase successiva che corrisponde alla consegna del bambino e l'eventuale alterazione del suo *status filiationis*.

La prima parte della proposta riguarda la fecondazione artificiale arbitraria, che punisce chi effettua una inseminazione artificiale o un impianto di embrione in una donna senza il suo consenso, o utilizzando gameti od embrioni diversi da quelli per cui vi era il consenso. Questo evidenzia l'importanza del consenso informato e volontario nella procreazione assistita e cerca di prevenire abusi o violazioni dei diritti delle donne. La sezione successiva tratta dell'interruzione di gravidanza non consensuale, punendo chi cagiona l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna. Si riconosce la non validità del consenso estorto con violenza, minaccia o inganno, o a donne incapaci di intendere e volere. Viene anche prevista la punibilità di chi induce la donna a ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza con violenza, minaccia o inganno, con pene più severe se il fatto provoca lesioni alla donna o al feto. Inoltre, viene contemplata la possibilità di punire chi, per colpa, cagiona l'interruzione di gravidanza senza il consenso della donna, con pene aumentate se la donna è minore degli anni diciotto. La proposta, infine, include anche disposizioni riguardanti lesioni fetali, punendo chi cagiona malattie al feto durante la gravidanza, sia dolosamente che per colpa. Si riconosce però la non punibilità di chi commette tali

reati quando interviene la guarigione della malattia prima del termine della gravidanza. Questa proposta mira a proteggere i diritti delle donne e dei feti, assicurando che le pratiche mediche e procreative siano condotte nel rispetto della dignità umana e del consenso informato. Tuttavia, la sua efficacia dipenderà dall'implementazione e dall'applicazione coerente ed equa delle disposizioni legislative proposte.

5.4. Le sfide per una riforma più completa

La creazione di norme penali riguardanti la procreazione medicalmente assistita e la tutela dell'embrione richiede una chiara comprensione delle opzioni fondamentali per una riforma completa, che va al di là del campo penale e coinvolge questioni bioetiche e biopolitiche. Le decisioni legislative in materia penale dipendono dalla identificazione dei beni giuridici da tutelare e dalle opzioni disponibili per la disciplina. Lo studio degli ordinamenti stranieri mostra una varietà di approcci, dalle legislazioni impositive a quelle permissive e dalle leggi generiche a quelle procedimentali che affrontano le questioni caso per caso. Il ruolo del diritto penale può quindi cambiare notevolmente a seconda dell'approccio scelto, ma resta importante salvaguardare beni fondamentali riconosciuti dalla giurisprudenza e dalla dottrina e non sacrificarne nessuno in modo irragionevole quando si bilanciano istanze contrapposte. La proposta di riforma si muove verso un bilanciamento equo tra la protezione del concepito e la salvaguardia dei diritti e degli interessi coinvolti nelle questioni legate all'inizio della vita umana per affrontare le criticità presenti nelle attuali disposizioni penali, specialmente in termini di chiarezza e ragionevolezza. Infatti, si è cercato di utilizzare delle definizioni legislative precise e riformulare in modo più accurato le fattispecie incriminatrici. In una prospettiva ancora più aperta, si potrebbe addirittura pensare ad una riforma legislativa accompagnata dall'introduzione di norme amministrative e civilistiche, che regolino l'accesso all'utilizzo delle tecniche procreative, sostituendo il ricorso a rigidi divieti e sanzioni penali con un sistema di regolamentazione più flessibile in grado di adattarsi all'evoluzione delle tecnologie.

Il modello proibizionista rigido, adottato dalla legge n. 40 del 2004 in Italia, che mirava principalmente a proibire piuttosto che regolamentare, è stato oggetto di critiche per la sua incompatibilità con la Costituzione e la Carta europea dei diritti dell'uomo.

La Corte Costituzionale, nella sentenza 45 del 2005, aveva stabilito che una regolamentazione legale della PMA fosse necessaria dal punto di vista costituzionale, anche senza imporre specifici contenuti. Questa decisione tiene conto di diversi aspetti, tra cui il diritto alla salute della donna o della coppia, il diritto alla procreazione, la libertà di ricerca scientifica e i diritti legati all'identità genetica e all'integrità del patrimonio genetico.¹⁵¹ Tuttavia, nonostante l'approvazione della legge n. 40 del 2004 fosse considerata auspicabile e costituzionalmente necessaria per porre fine alla confusione esistente in precedenza, suscitò divisioni nel mondo politico, sociale ed etico-scientifico. Se una parte della società e del mondo politico accolse positivamente una legge con contenuti così chiaramente ideologici, un'altra parte si oppose fortemente, ritenendo che in uno Stato laico che rispetta la libertà di coscienza, fosse possibile e necessario adottare leggi compromissorie su questioni eticamente controverse, che fissassero regole di compatibilità tra diverse visioni e interessi.¹⁵² Il legislatore con questa legge aveva affrontato una questione complessa riguardante la disponibilità e l'indisponibilità della vita, su cui forse sarebbe stato più saggio adottare una tecnica legislativa più flessibile, che non imprigionasse le sfaccettate vicende dell'esistenza nella rigidità della legge.¹⁵³

Per contrastare tale legge, furono tentate fin da subito sia la via del referendum popolare abrogativo che quella della dichiarazione di illegittimità costituzionale. Riguardo il referendum abrogativo la Corte Costituzionale ritenne ammissibili i quesiti di abrogazione parziale ma inammissibile, attraverso la sentenza n. 45 del 2005, quello che prevedeva un'abrogazione totale, perché sarebbe stato in contrasto con la giurisprudenza, che aveva ritenuto una legge sulla PMA necessaria costituzionalmente al fine di garantire una protezione minima ai bambini nati da procreazione artificiale.¹⁵⁴ I quesiti di abrogazione parziale della legge sulla procreazione

¹⁵¹ VALLINI A., *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita. Tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, in DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, Milano, 2023, pag. 21.

¹⁵² TRIPODINA C., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 2, 2014, pag. 69.

¹⁵³ APOSTOLI A., *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in *Il Mulino*, fasc. 1, 2021, pag. 197.

¹⁵⁴ TRIPODINA C., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 2, 2014, pag. 70.

medicalmente assistita furono affrontati dalla Corte Costituzionale con sentenze successive alla 45 e ebbero ad oggetto diverse questioni. Infatti la Corte dichiarò ammissibile un referendum che mirava ad abrogare le norme che vietavano l'utilizzo degli embrioni soprannumerari per scopi di ricerca clinica e sperimentale; uno che riguardava le norme che limitavano l'accesso alla PMA come il divieto di revocare il consenso all'impianto dell'embrione dopo la fecondazione, l'obbligo di impiantare non più di tre embrioni contemporaneamente nell'utero materno e il divieto di ricorrere alla PMA per coloro che non avevano problemi di fertilità ma erano portatori di patologie genetiche trasmissibili; un altro riguardante le norme che equiparavano i diritti della donna ai diritti del concepito, imponendo limiti all'accesso alla PMA per tutelare quest'ultimo e un ultimo che mirava ad abrogare il divieto di fecondazione eterologa.¹⁵⁵ Quindi le questioni che la Corte dichiarò ammissibili di referendum rispettavano i limiti interpretativi del sistema costituzionale, non erano a contenuto costituzionalmente vincolato o necessario, ma piuttosto trattavano argomenti che rientravano nella discrezionalità legislativa, pertanto, la loro abrogazione non avrebbe messo a repentaglio una tutela costituzionalmente necessaria. Nonostante il referendum che venne promosso non raggiunse il quorum richiesto per essere valido, si sono susseguite nel tempo diverse sentenze che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge in alcune sue parti.

Ad oggi la legittimità costituzionale della stessa continua ad essere messa in discussione. Per esempio pur essendo, allo stato attuale, la disciplina promossa nei confronti della PMA esclusivamente rivolta a coppie di sesso diverso, ci si dovrebbe

Precedentemente, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 347 del 1998, aveva evidenziato la mancanza di protezione per diverse esigenze costituzionali a causa di una lacuna legislativa riguardante la procreazione medicalmente assistita. In particolare, la Corte aveva sottolineato la mancanza di garanzie per i diritti del neonato e del concepito, che dovrebbero essere specificati dal legislatore e aveva stabilito che era "costituzionalmente necessaria" una legge che garantisse almeno un livello minimo di tutela giuridica per il nato da PMA. La legge 40 del 2004, essendo stata la prima e unica legge a disciplinare questo ambito, è stata considerata automaticamente "necessaria" dalla Costituzione. Questo concetto di "necessità costituzionale" è cruciale perché implica che le leggi che proteggono diritti fondamentali non possono essere abrogate tramite referendum senza violare la Costituzione stessa. Anche se la legge era stata recentemente approvata, la sua novità non influiva sulla sua qualità o necessità. La Corte ha anche chiarito che non stava giudicando la legittimità costituzionale della legge 40 del 2004, ma semplicemente stabilendo che era inabrogabile, lasciando scoperto il rilevante interesse costituzionale a garantire uno statuto giuridico certo per i nati da PMA.

¹⁵⁵ TRIPODINA C., *Corte costituzionale e referendum sulla procreazione assistita*, in *Democrazia e diritto*, 2005, pag. 224.

poi chiedere se il pieno riconoscimento del valore costituzionale e convenzionale delle unioni familiari e degli affetti, indipendentemente dalla loro conformità ai modelli tradizionali, impedisca la creazione di illeciti basati sul tipo di famiglia o genitorialità che si verrebbe a realizzare. C'è una crescente richiesta da parte di persone che vogliono avere figli ma non possono ricevere sostegno dallo Stato italiano a causa dell'esclusione prevista dalla legge n. 40 del 2004. Infatti, sarebbe importante coordinare le decisioni sull'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche con quelle relative alle unioni civili omosessuali. È evidente che se l'accesso a queste tecniche di PMA continuasse ad essere condizionato ad ipotesi di infertilità causate da problemi fisici o biologici che possono influenzare la capacità di concepire naturalmente, senza tener conto dell'ipotesi dell'infertilità fisiologica, allora come già sostenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 221 del 2019 non sarebbe irragionevole riservarle alle sole coppie eterosessuali.¹⁵⁶ Ma questa distinzione potrebbe essere interpretata come una forma di discriminazione tra individui incapaci di procreare, indipendentemente dal tipo di infertilità che li affligge, perciò nel testo

¹⁵⁶ Nella decisione del 2019, la Corte Costituzionale ha ritenuto legittimo il divieto di accesso alla PMA per una coppia di donne unite civilmente, valutando se il desiderio di avere un figlio tramite tecnologie potesse sempre essere soddisfatto, o se fosse giustificato prevedere condizioni specifiche per l'accesso, in relazione alla salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato. La Corte ha sottolineato che le decisioni su temi eticamente sensibili spettano principalmente al legislatore, il quale deve bilanciare valori fondamentali in conflitto riflettendo la coscienza sociale del momento e ha ricordato che in precedenti sentenze aveva sì ampliato l'accesso alla PMA, ma ha specificato che la differenza nel caso del 2019 risiedeva nella composizione della coppia, formata da due donne. La Corte ha ribadito che la PMA non può essere vista come un'alternativa equivalente al concepimento naturale e che il nucleo familiare derivante dalla PMA deve rispettare requisiti oggettivi e soggettivi stabiliti dalla legge, che prevedono la presenza di un padre e una madre. Ha inoltre chiarito che la Costituzione non impone l'accesso alla PMA ad una determinata categoria di persone, lasciando quindi al legislatore la libertà di modificare le leggi. La decisione del 2019 ha affermato che la scelta legislativa di garantire le condizioni ritenute migliori per lo sviluppo del nuovo nato, ossia una famiglia con due genitori di sesso diverso, non è irrazionale o ingiustificata. Questa posizione non è discriminatoria, in quanto tiene conto dell'accettazione sociale del concetto di omogenitorialità, che nel 2004 non era sufficiente per estendere la PMA alle coppie omosessuali. La Corte ha inoltre stabilito che la tutela costituzionale della salute non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno, sostenendo che l'impossibilità per una coppia dello stesso sesso di avere figli non viola l'art. 32 della Costituzione, né gli artt. 2 e 30 Cost., poiché l'aspirazione della madre intenzionale a diventare genitore non si configura come un diritto fondamentale della persona e la nozione di famiglia non è inscindibilmente legata alla presenza di figli per cui la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori non implica che tale libertà possa esplicarsi senza limiti, dovendo bilanciarsi con altri interessi e diritti costituzionalmente protetti. Infine la Corte conclude sostenendo che questo divieto non contrasta con l'art 3 Cost, anche se è permesso il riconoscimento di atti formati all'estero che dichiarano il rapporto di filiazione nei confronti di due madri, perché allineare la normativa interna alle discipline giuridiche più permissive previste in altri Paesi, comporterebbe un continuo adattamento della disciplina nazionale per evitare una lesione del principio di uguaglianza alla legislazione estera più permissiva che regola la stessa materia. APOSTOLI A., La gestazione per altri e il Giudice delle leggi, in *Il Mulino*, fasc. 1, 2021, pagg. 206-211.

proposto dalla riforma presentata da Bartoli e Vallini non è stata inclusa la disposizione che attualmente punisce l'applicazione delle tecniche procreative su soggetti che non soddisfano i requisiti stabiliti. Potrebbe essere importante considerare il diritto alla procreazione come un diritto dell'individuo, di cui ogni restrizione dovrebbe essere giustificata solo per proteggere chi ne risente di più, prima il non ancora nato, poi il neonato, ma senza considerare come diritto del figlio quello di nascere in una famiglia con due genitori, né necessariamente due genitori di sesso opposto.

Spesso, infatti, si confonde questo concetto con quello del diritto alla bigenitorialità, che è stato introdotto nella nostra legislazione con la riforma del 2013 e si concentra principalmente sul mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo del figlio con ciascun genitore, soprattutto dopo la separazione della coppia. Quindi questo diritto risulta strettamente legato alla condivisione della responsabilità genitoriale e la frequentazione del figlio di entrambi i genitori anche quando non vivono insieme per favorire la co-parentalità e per garantire al figlio l'opportunità di avere una relazione significativa con entrambi i genitori. Tuttavia è importante notare che il diritto alla bigenitorialità trova maggiore tutela nei rapporti tra genitori piuttosto che nell'obbligo di un genitore di garantire al figlio una famiglia con entrambi, infatti la legge sanziona il genitore che ostacola il rapporto del figlio con l'altro genitore, ma non punisce colui che nei limiti stabiliti dalla legge sceglie di non incontrare il figlio.¹⁵⁷ Quindi se da un lato emerge l'importanza della bigenitorialità, dall'altro si sottolinea la flessibilità del concetto di famiglia nel nostro ordinamento evidenziando la necessità di un approccio equilibrato e orientato al benessere del bambino nella progettazione delle politiche e delle leggi familiari.

La storia del diritto alla procreazione assistita, così come quella di molti altri dei diritti di nuova generazione, rappresenta un complesso intreccio tra la legislazione politica e le decisioni dei Tribunali, che hanno un ruolo di predominio nella normativa attuale non ancora modificata. In Italia, il legislatore spesso si trova in ritardo nel rispondere alle sfide poste dalla scienza e dai suoi dilemmi e, quando agisce, tende a imporre dall'alto ciò che la maggioranza parlamentare considera moralmente corretto. Di conseguenza, il diritto giurisprudenziale è sempre più spesso chiamato a colmare le

¹⁵⁷ FLORE S., *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2021, pag. 46.

lacune o correggere le distorsioni del diritto politico, quindi ciò che accade nei Tribunali riflette non solo una prassi consolidata, ma anche una teoria desiderabile per alcuni: il superamento definitivo del ruolo del legislatore nel campo dei diritti fondamentali, a favore di un diritto giurisprudenziale che offre una tutela più flessibile e adattabile alle esigenze mutevoli, senza imporre scelte definitive tra valori in conflitto.¹⁵⁸ Nonostante vi fosse l'auspicio di un maggiore riconoscimento e potenziamento del dialogo tra i Tribunali, nazionali e sovranazionali, come mezzo per garantire una tutela multilivello dei diritti, senza dover passare necessariamente attraverso il legislatore, ma applicando direttamente i principi costituzionali, attualmente siamo in attesa di una potenziale risposta da parte del Parlamento alla luce dei diversi progetti di legge, in particolare riguardanti la maternità surrogata. D'altronde un'eventuale marginalizzazione del Parlamento nelle decisioni su temi eticamente controversi che coinvolgono i diritti di ultima generazione, comporterebbe degli inconvenienti tra cui la mancanza di discussione pubblica, la rappresentanza limitata delle varie parti coinvolte, la mancanza di responsabilità nel processo decisionale, la molteplicità di interpretazioni delle varie Corti. Ciò che rende preferibile la decisione politica del legislatore rispetto a quella dei giudici e delle Corti in questioni eticamente controverse è ovviamente la natura rappresentativa del processo decisionale parlamentare, per cui i rappresentanti eletti dai cittadini partecipano a un dibattito pubblico e trasparente, garantendo così una maggiore responsabilità politica verso i propri elettori. Tuttavia, perché il legislatore non venga marginalizzato, deve essere un "buon legislatore", trovando un equilibrio tra Costituzione, scienza, coscienza e corpo senza essere un seguace acritico del progresso scientifico e rispettando i limiti imposti dalla Costituzione, permettendo ai cittadini di agire in conformità alla propria coscienza.¹⁵⁹ La storia della PMA e in particolare della maternità surrogata in Italia rivela le sfide incontrate sia dal legislatore sia dai giudici nel fornire una risposta adeguata alle questioni eticamente complesse che queste pratiche sollevano. Tuttavia, anziché essere motivo di disillusione, questa storia dovrebbe essere un'occasione per riflettere e rafforzare l'impegno di tutti gli attori

¹⁵⁸ TRIPODINA C., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 2, 2014, pag. 84.

¹⁵⁹ TRIPODINA C., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 2, 2014, pag. 87.

coinvolti nel sistema legale, che dovrebbero unirsi per sviluppare un modello culturale collaborativo del diritto, incentrato sulla cooperazione piuttosto che sul conflitto.

CAPITOLO 3
ALTRE POSSIBILI SOLUZIONI NORMATIVE SULLA MATERNITA’
SURROGATA, ANCHE ALLA LUCE DI UNA COMPARAZIONE TRA
DIVERSI ORDINAMENTI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. L’interazione tra legge e giurisprudenza nella regolamentazione della procreazione assistita - 2. Un’eventuale prospettiva più permissiva nel contesto italiano in base ad un’analisi etica - 2.1 La maternità surrogata e la donazione di organi a confronto: analogie e discrepanze - 2.2 L’autodeterminazione femminile tra maternità, autonomia e libertà - 2.3 Il diritto alla genitorialità e le sue implicazioni per i genitori e i figli - 3. Alla ricerca di una normativa più “equilibrata” - 3.1 Una proposta di legge italiana per disciplinare la “gravidanza solidale e altruistica” - 4. Una panoramica comparativa della maternità surrogata in diversi sistemi legali - 4.1 I Paesi con approcci restrittivi - 4.2 I Paesi ampiamente permissivi - 4.3 I Paesi che ammettono solo la maternità surrogata altruistica - 5. Un nuovo paradigma nella maternità surrogata - 5.1. Una proposta di revisione per una più chiara definizione del perimetro di tipicità del reato di surrogazione di maternità

1. L’interazione tra legge e giurisprudenza nella regolamentazione della procreazione assistita

I numerosi dubbi di costituzionalità sollevati dalla legge n. 40 del 2004 hanno suscitato ampi dibattiti giuridici su diversi fronti tanto che già pochi mesi dopo la sua adozione, davanti al Tribunale di Catania, fu presentata un’istanza di parte con la quale si contestò l’incostituzionalità del divieto di eseguire la diagnosi preimpianto. Nonostante il giudice di primo grado avesse respinto l’istanza con un’ordinanza, nel 2006 la questione fu portata davanti alla Corte Costituzionale, che, tuttavia, lasciò la questione irrisolta. Successivamente, il Tribunale di Cagliari sollevò la questione di legittimità costituzionale riguardante la parte della legge che vietava la diagnosi preimpianto al fine di determinare se gli embrioni da impiantare fossero affetti da malattie genetiche. La legge in sostanza ridusse drasticamente la possibilità per le coppie a rischio genetico di prevenire malattie genetiche nei confronti dei loro futuri figli, diversamente da quanto consentito prima di allora. La questione, pur sollevando

dubbi sulla coerenza della legge stessa, soprattutto alla luce del fatto che ammettesse invece l'aborto terapeutico in seguito alla diagnosi preparto, non fu risolta dalla Corte che, con ordinanza processuale, scelse di non pronunciarsi, dichiarandone l'inammissibilità.¹⁶⁰ Tuttavia, negli anni a seguire, i giudici hanno iniziato ad interpretare la legge in modo più flessibile, consentendo, in certi contesti, anche la diagnosi preimpianto. Secondo un'interpretazione diffusa, questa pratica sarebbe, infatti, lecita se richiesta da coppie che ricorrono alla procreazione medicalmente assistita e se mirasse a valutare la salute degli embrioni destinati all'impianto nell'utero materno, quindi può essere considerata un diritto per le coppie sterili o infertili che si sottopongono alla PMA. Fu il 2009, invece, l'anno in cui la Corte Costituzionale emise una sentenza, la n. 151, che ebbe un impatto significativo sulla legge, dichiarando illegittima un'altra delle parti più controverse della stessa: quella che imponeva la produzione di un numero limitato di embrioni, non superiore a tre, per ogni ciclo di fecondazione assistita, da impiantare contemporaneamente. Imponendo il limite di tre embrioni, si voleva evitare la produzione di embrioni extra, cioè quelli che non possono essere impiantati in un'unica volta nell'utero. Tuttavia, prima della legge, la prassi medica prevedeva la produzione di più ovociti, creando embrioni in soprannumero, che venivano poi in seguito impiantati al massimo in coppia, ma soprattutto tenendo in considerazione variabili come l'età della paziente e la qualità degli embrioni stessi. Gli embrioni eccedenti venivano perciò crioconservati per utilizzi futuri, riducendo così la necessità di ulteriori interventi invasivi sulla paziente.¹⁶¹ La legge 40 aveva cambiato questa pratica e la restrizione venne considerata problematica perché costringeva le pazienti a cicli ripetuti di stimolazione ovarica, aumentando quindi anche il rischio di complicazioni mediche come tumori ovarici e limitava la capacità dei medici di adattare il trattamento alle specifiche esigenze di ogni paziente. La sentenza della Corte Costituzionale sopra richiamata eliminò quella parte della legge che imponeva il limite di tre embrioni, lasciando la decisione su quanti embrioni produrre e impiantare al giudizio del medico e del paziente in base alle loro condizioni specifiche del caso, ripristinando quindi la

¹⁶⁰ TRIPODINA C., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 2, 2014, pag. 71.

¹⁶¹ TRIPODINA C., *Il "diritto" a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 2, 2014, pag. 73.

flessibilità nella pratica della fecondazione assistita e la crioconservazione degli embrioni in soprannumero.¹⁶² Le modifiche apportate alla legge 40 nel corso degli anni, inclusi i cambiamenti riguardanti l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche alle coppie fertili affette da malattie genetiche ereditarie quando rispondono a criteri di gravità specificamente indicati e l'introduzione di casi specifici in cui è consentita la fecondazione eterologa, evidenziano che questa legge non era perfetta e ha richiesto, nel tempo, adattamenti in risposta all'evoluzione tecnologica e alle esigenze delle persone coinvolte. Questi cambiamenti evidenziano la necessità di una legge flessibile che continui ad evolversi per garantire che le pratiche di procreazione assistita siano accessibili e rispondano alle esigenze e ai desideri delle persone che desiderano formare una famiglia, magari anche con l'accesso a trattamenti avanzati come la gestazione per altri. Il costante mutamento dei fenomeni sociali è, infatti, difficile da contenere esclusivamente attraverso la legislazione, specialmente quando una legge vieta una pratica ma le persone trovano modi per aggirare il divieto come, nel caso della maternità surrogata, attraverso il turismo procreativo. Quindi se si considera la dinamica dei modelli giuridici come risultato naturale della relazione tra istanze sociali, regole legislative e decisioni giurisdizionali, si riconosce inevitabilmente un'integrazione tra legislazione e giurisprudenza come strumenti normativi complementari, ma anche la necessità di un approccio metodologico multidimensionale che affronti organicamente la disciplina della gestazione per altri e gli effetti giuridici che comporta, includendovi anche i casi internazionali. Attraverso

¹⁶² Nonostante il cambiamento raggiunto con la sentenza 151/2009, la legge sulla procreazione medicalmente assistita in Italia continua a vietare ai singoli di accedere a tali tecniche, in quanto destinate a persone affette da sterilità o infertilità, non utilizzabili quindi da chi non può avere figli per altri motivi. Va sottolineato che i risultati raggiunti dalla giurisprudenza hanno alterato il quadro originale della legge, creando scenari giuridici complessi, come il caso di coppie che, dopo aver iniziato un percorso di PMA, si separano. Se uno degli ex partner vuole proseguire con l'impianto dell'embrione, potrebbe sembrare in contrasto con il divieto per i single di accedere alla PMA. La PMA è un processo a fasi interdipendenti, che dovrebbe essere iniziato e concluso da una coppia convivente. La giurisprudenza, tuttavia, ha riconosciuto il diritto della donna separata a completare l'impianto degli embrioni, anche contro la volontà dell'ex partner. Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con un'ordinanza del 27 gennaio 2021, e la Corte costituzionale, con la sentenza n. 161 del 24 luglio 2023, hanno affermato che, dopo la fecondazione dell'ovulo, il consenso alla PMA diventa irrevocabile. Questi giudizi riconoscono anche che l'uomo non può costringere la donna a subire un trattamento sanitario contro la sua volontà, rispettando l'art. 32 della Costituzione e che deve essere garantita una tutela anche alla libertà di autodeterminazione dell'uomo, che non può essere costretto a diventare padre in seguito a una separazione. FRENI F., *La maternità solitaria e la libertà di coscienza nel procreare tra autodeterminazione della donna e revoca del consenso dell'uomo*, in *Il Mulino-Rivistaweb*, fasc. 3, 2023, pagg. 750-752.

l'analisi della giurisprudenza comparata, si possono identificare tendenze comuni nei diversi modelli legislativi e nel modo in cui vengono applicati dalle Corti, ma sempre considerando la discrezionalità del legislatore, l'intensità dello scrutinio giuridico e la compatibilità con il contesto costituzionale, per comprendere alla fine che i modelli normativi si evolvono nel tempo anche attraverso l'interazione con le decisioni giurisdizionali.¹⁶³

Per osservare meglio come le normative si adattano alle mutevoli esigenze sociali e agli avanzamenti scientifici, possiamo considerare due casi che, sebbene possano essere classificati in modo diverso, mostrano una tendenza comune a livello internazionale dell'adattamento dinamico al cambiamento e dell'interazione della giurisprudenza con il sistema normativo complesso. Innanzitutto, in Argentina, in mancanza di una legge specifica sulla gestazione per altri, la giurisprudenza, ritenendo che il silenzio del Codice civile non equivalesse a un divieto esplicito, ha adottato un'interpretazione ampia delle leggi sulla procreazione medicalmente assistita, consentendo la surrogazione di maternità altruistica e gratuita con l'autorizzazione del Tribunale e l'attribuzione della genitorialità basata sulla volontà della coppia commissionante. Inoltre, in Portogallo la legge sulla procreazione medicalmente assistita, che vietava in modo assoluto la surrogazione di maternità, è stata modificata nel 2016 per consentire quella in forma altruistica e gratuita, previa autorizzazione da parte di un organismo indipendente, i Tribunali portoghesi, infatti, pur riconoscendo il potere discrezionale del legislatore, avevano esplicitamente affermato in precedenza l'ammissibilità della gestazione per altri in quanto funzionale a rendere possibile la concretizzazione di un progetto parentale.

In generale, la giurisprudenza comparata suggerisce che i giudici tendono a svolgere un ruolo significativo in materia, specialmente nei Paesi che vietano questa pratica senza avere leggi specifiche che disciplinano le relazioni familiari ad essa legate.¹⁶⁴

¹⁶³ PENASA S., *Tra legge e Corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in CAIELLI M., PEZZINI B., SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 86.

¹⁶⁴ PENASA S., *Tra legge e Corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in CAIELLI M., PEZZINI B., SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 94.

Anche la Corte Costituzionale italiana, infatti, ha sottolineato che la relazione tra verità naturale e certezza formale deve essere valutata insieme ad altri elementi, come la genitorialità sociale e il concreto interesse del minore nato da maternità surrogata: si rende necessario, dunque, un bilanciamento essenziale da parte del giudice tra i vari interessi coinvolti affinché si possa garantire l'interesse effettivo del minore.

Un eventuale intervento legislativo in Italia dovrebbe, quindi, riflettere le tendenze già consolidate dalla giurisprudenza, creando un quadro normativo flessibile e adattabile alle mutevoli dinamiche sociali e scientifiche. Pur mantenendo un approccio proibizionista alla pratica, si dovrebbe essere in grado di comprendere la complessità del fenomeno della maternità surrogata e di regolare in modo efficace i suoi effetti, avendo il legislatore il compito di disciplinare gli impatti della pratica, garantendo che il diritto non si limiti semplicemente a recepire i fatti, ma svolga un ruolo attivo nell'indirizzarli e gestirli in modo ragionevole.

2. Un'eventuale prospettiva più permissiva nel contesto italiano in base ad un'analisi etica

Attualmente, in Italia, la giurisprudenza è focalizzata principalmente sulle conseguenze delle relazioni familiari e affettive che derivano dalla pratica della maternità surrogata, specialmente quando questa è avvenuta all'estero.

Vi è un dibattito acceso, come esposto in precedenza, riguardo alla necessità che il legislatore intervenga per regolare la situazione dei minori nati da tale pratica. Nonostante siano state presentate delle proposte di legge che conducono verso tutt'altra direzione e risultino attualmente in esame al Senato, una parte della comunità giuridica e accademica sta invece esaminando la questione da una prospettiva diversa, discutendo la possibilità di rivedere la legislazione italiana in materia di maternità surrogata, per esempio anche con l'introduzione di una forma di maternità surrogata legale e regolamentata nel Paese. Tale proposta dovrebbe contemplare rigorosi controlli e garanzie per tutte le parti coinvolte, dal bambino nato tramite surrogazione alla madre surrogata stessa. D'altronde chi persegue questa strada parte dal presupposto che la pratica in questione non risulti essere né più pericolosa né più dannosa rispetto ad altre tecniche di procreazione assistita e spesso riesce a soddisfare interessi importanti come il benessere del bambino, valorizzando la collaborazione tra

tutte le parti coinvolte e la consapevolezza che alcune forme di infertilità potrebbero essere troppo gravi per essere trattate con tecniche convenzionali non adeguate al caso specifico, piuttosto che con quella di maternità surrogata.

Ma la possibilità di introdurre una maternità surrogata regolamentata in Italia solleva tutta una serie di questioni etiche, legali e sociali complesse, che richiedono un approccio ponderato e una profonda riflessione da parte sia della società sia del legislatore.

Tra gli obiettivi primari vi dovrebbe essere quello di trovare un equilibrio tra la protezione dei diritti e del benessere di tutte le persone coinvolte e la promozione di un quadro normativo che rispecchi i valori e le esigenze della società italiana contemporanea. Soprattutto dopo la sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto assoluto della fecondazione eterologa, nonostante i giudici abbiano voluto distinguere attentamente e nettamente la fecondazione eterologa dalla surrogazione di maternità, i motivi adottati dalla Consulta potrebbero consentire un superamento o una rivalutazione di questa rigida posizione di divieto della maternità surrogata e di estendere le motivazioni della sentenza anche oltre la specifica situazione della fecondazione eterologa.¹⁶⁵ Sebbene, infatti, le Corti nazionali abbiano già emesso diverse sentenze sull'interpretazione del divieto di maternità surrogata, senza mai fare una distinzione alla luce della legge attuale tra la maternità surrogata a fini altruistici e quella a fini commerciali e considerando quindi la pratica in Italia vietata in entrambi i casi, si potrebbe ipotizzare che nel nostro ordinamento ci siano valide ragioni per considerare che la coppia che desidera accedere alla maternità surrogata di tipo altruistico sia comunque titolare di interessi di valore costituzionale.

¹⁶⁵ I giudici della Corte avevano, in realtà, sottolineato la distinzione tra le due pratiche in quanto consideravano che la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e la surrogazione di maternità non possono essere valutate come problematiche equivalenti. D'altronde nella PMA eterologa, la madre biologica e quella sociale coincidono, mentre nella surrogazione di maternità c'è una chiara separazione tra le due "madri". Inoltre, se la fecondazione eterologa è mirata a superare la sterilità della coppia che desidera avere figli, la surrogazione di maternità non richiede necessariamente la sterilità dei committenti e quindi non rientra nell'ambito delle terapie sanitarie. Infine, anche se la gestazione per altri viene realizzata attraverso procedure mediche, sarebbe l'unica tecnica di PMA in cui non l'oggetto, ma lo strumento è la persona umana. Infine solo la GPA coinvolge una pluralità di soggetti, tra i quali occorre definire i rapporti prima, durante e dopo la gravidanza, una circostanza che non caratterizza la fecondazione eterologa.

2.1. La maternità surrogata e la donazione di organi a confronto: analogie e discrepanze

Nella distinzione tra i diritti della personalità morale e quelli della personalità fisica, i primi sono spesso soggetti ad interventi legislativi, mentre i secondi sono più orientati alla gratuità e solidarietà, concetto evidenziato soprattutto da leggi sovranazionali ed europee come la Carta di Nizza, che vieta esplicitamente di considerare il corpo umano e le sue parti come fonte di lucro, ma non dice niente in riferimento ad altre caratteristiche della persona, come i dati personali, che sono garantiti da una protezione ampia e incisiva.¹⁶⁶ Con il passare del tempo il concetto di gratuità è diventato un elemento chiave nella valutazione della liceità di un atto, soprattutto nelle leggi riguardanti trapianti di organi, trasfusioni, sperimentazioni, che mirano ad evitare la mercificazione del corpo umano, garantendo che le pratiche coinvolte si basino sulla solidarietà piuttosto che sul puro scambio economico.

La gratuità, quindi, permette di includere nel contesto giuridico aspetti della vita umana che altrimenti sarebbero esclusi e consente di farlo attraverso un approccio che privilegia la solidarietà al di fuori dei tradizionali meccanismi di mercato. Una parte della dottrina sostiene che, analogamente alla logica del trapianto di organo, è plausibile che qualcuno sia disposto a donare una parte del proprio corpo per favorire la salute riproduttiva di altri.

Questo lo si afferma intravedendo una similitudine nel trasferimento di parti del corpo tra individui per scopi medici o riproduttivi: da un lato c'è chi dona un organo perdendolo, per salvare una vita già esistente, dall'altro una donna decide di portare avanti una gravidanza per conto di altri senza però rinunciare definitivamente alla sua capacità riproduttiva.¹⁶⁷ In base a questa osservazione vietare *tout court* la maternità surrogata equivarrebbe a vietare la donazione di organi.

Invero il concetto semplifica eccessivamente situazioni più complesse in cui dovrebbero essere considerati certamente i desideri umani sottostanti come quello di formare una famiglia, ma stando attenti al rischio di commercializzazione e sfruttamento spesso associati a questa pratica.

¹⁶⁶ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 253.

¹⁶⁷ VALONGO A., *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 2, 2016, pag. 139.

In quest'ottica un primo passo potrebbe essere quello di distinguere tra la surrogazione a fini commerciali e quella solidaristica.¹⁶⁸ La mancata distinzione, infatti, parrebbe irragionevole se considerata alla luce della sua somiglianza con la donazione di organi, perché in astratto sarebbe come vietare completamente il trapianto di organi tra persone viventi solo per il rischio di una loro commercializzazione.

Infatti, una surrogazione di maternità di tipo solidaristico, con tutte le sue caratteristiche di volontarietà, non vincolatività, consenso informato e con la previsione di un criterio di ammissibilità che consideri la condizione personale e patrimoniale specifica della gestante come criterio di ammissibilità, è radicalmente diversa da un'ipotesi in cui la gestante è pagata e sono previsti contrattualmente obblighi personali e patrimoniali. Attualmente, la legislazione italiana consente atti di disposizione del proprio corpo, come la donazione di sangue, midollo osseo, tessuti e cellule umane per fini benefici, purché tali donazioni siano gratuite e non comportino una perdita permanente dell'integrità fisica. Allo stesso modo, sono ammessi trapianti tra viventi senza fini di lucro, come il trapianto di rene, parti del fegato, polmone, pancreas e intestino. Tuttavia, nonostante queste disposizioni, la maternità surrogata, anche se non a scopo di lucro, rimane vietata.

Ponendosi in una prospettiva diversa, un'altra parte della dottrina evidenzia la diversità delle situazioni tra il trapianto di organi e la maternità surrogata sia per le motivazioni che inducono i protagonisti ad agire sia per i beni giuridici coinvolti: nel caso del trapianto di organi, le motivazioni del donante devono essere solidaristiche e ispirate da un senso di dovere morale per cui il donante agisce per un fine umanitario spesso aiutando un parente in difficoltà e il ricevente trae un beneficio diretto e immediato per la sua salute: invece nel caso della maternità surrogata il presunto diritto dei committenti di avere un figlio proprio è contestato e la pratica solleva questioni complesse riguardanti la dignità umana, soprattutto quando avviene tramite un

¹⁶⁸ È di questo avviso Manna che ritiene imprescindibile tale differenziazione, evidenziando “come, d'altro canto, nel lontano 1967, avvenne con il riconoscimento della liceità del trapianto di rene tra vivi, con la legge del 26 giugno n. 458, che costituì un'espressa eccezione all'art. 5 c.c., che invece vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica”. MANNA A., *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come “reato universale”*, in *Sistema penale*, 2023.

contratto a pagamento.¹⁶⁹ Pertanto nonostante l'argomento sembri interessante da parte di chi appoggia una regolamentazione della maternità surrogata di tipo altruistico, dall'altra è importante non equiparare troppo velocemente queste due situazioni perché mentre il trapianto di organi si concentra principalmente sulla compatibilità con la salute del donante, la maternità surrogata solleva preoccupazioni più ampie riguardanti anche il benessere del bambino a lungo termine.

2.2. L'autodeterminazione femminile tra maternità, autonomia e libertà

Nel dibattito sulla maternità surrogata in Italia e in particolare nella ricerca di una normativa più permissiva, bisogna considerare il ruolo cruciale del corpo femminile nel processo riproduttivo. Attualmente le tecniche mediche non possono ancora separare completamente il processo di procreazione dal corpo della donna, di conseguenza il corpo materno rimane il fulcro centrale di ogni questione riguardante il diritto alla procreazione.¹⁷⁰ Infatti, mentre gli uomini contribuiscono con la capacità fecondativa, è poi la donna ad ospitare e nutrire l'ovulo fecondato fino alla nascita. Come sottolineato nella legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, la donna ha un diritto esclusivo di decidere sul proprio corpo, evidenziando una separazione tra la gestante e il concepito come se fossero entità distinte, pur condividendo all'interno dello stesso corpo. Se questa separazione ha prodotto una più visione "neutrale" della gravidanza, accettata per l'ipotesi dell'aborto, ci si chiede perché non debba essere considerata anche in relazione alla maternità surrogata, che solleva interrogativi simili sulla separazione tra gestante e concepito, pur essendo, anche nelle ipotesi di aiuto delle tecnologie moderne nella fecondazione, il corpo femminile indispensabile nel portare avanti la gravidanza.¹⁷¹ Da un lato è fondamentale che le donne abbiano il

¹⁶⁹ NISTICO M., *Gestazione per altri: l'improprio paragone con la donazione di organi*, in *Il Mulino - RivisteWeb*, fasc. n. 2, 2015, pag. 374.

¹⁷⁰ D'altronde la condizione della donna è più complessa e delicata rispetto a quella dell'uomo, poiché, anche nel caso della maternità surrogata, è lei a sottoporsi a un trattamento sanitario che è molto invasivo e rischioso. La donna affronta la PMA con un significativo investimento fisico ed emotivo, associato al desiderio di diventare genitore, che comporta rischi, speranze e sofferenze. Il corpo e la mente della donna sono profondamente coinvolti in questo processo, che mira alla concreta possibilità di generare un bambino.

¹⁷¹ RONCHETTI L., *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in CAIELLI M., PEZZINI B., SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 109.

pieno controllo sulla propria capacità riproduttiva, dall'altro l'utilizzo della tecnologia nella fecondazione assistita rappresenta un'importante strumento per poter potenziare l'autonomia procreativa delle donne, permettendo alle stesse di avere il controllo sulla propria fertilità e soprattutto realizzare il loro desiderio di maternità.

Il concetto di diritto alla procreazione è relativamente nuovo poiché in passato la procreazione veniva considerata come un evento naturale che non necessitava di alcun intervento statale per favorirla, in quanto vista come un atto di libertà individuale. Pertanto il dibattito sul diritto alla procreazione si concentra principalmente su quella assistita e l'attenzione deve appunto spostarsi sulla possibilità di considerare la procreazione assistita come un diritto sociale che giustifica la richiesta allo Stato di fornire mezzi e supporto a coloro che desiderano esercitarlo.¹⁷² D'altronde anche se il legislatore italiano nella legge n. 40 del 2004 ha consentito l'utilizzo delle tecniche di PMA alle sole coppie eterosessuali, queste tecniche erano nate con l'intento di consentire alle donne di perseguire il loro desiderio di maternità in modo indipendente, senza dover fare affidamento su una relazione sessuale tradizionale.¹⁷³ In sostanza, promuovere la maternità come scelta consapevole e garantire l'autonomia procreativa attraverso la fecondazione assistita sono passi cruciali verso la promozione della libertà di autodeterminazione femminile. Libertà che viene rappresentata anche dalla possibilità per le stesse di non essere indicate come madri nei documenti di nascita, riconoscendo così che non tutte le donne che partoriscono desiderano diventare madri per varie ragioni tanto da indurre una parte della dottrina a parlare di una sorta di "privilegio della maternità".¹⁷⁴

Il concetto che una donna possa decidere di portare a termine una gravidanza e dare alla luce un bambino senza necessariamente assumersi il ruolo tradizionale di madre mette in luce una distinzione importante tra il fatto biologico del parto e il ruolo sociale associato alla maternità. Tradizionalmente, la società ha associato automaticamente il

¹⁷² FLORE S., *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2021, pag. 41.

¹⁷³ RONCHETTI L., *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in CAIELLI M., PEZZINI B., SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 113.

¹⁷⁴ VALONGO A., *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 2, 2016, pag. 149.

parto al compito della maternità, assumendo che ogni donna che partorisce debba automaticamente diventare madre e assumersi tutte le responsabilità connesse a questo ruolo. Tuttavia, con l'evoluzione dei ruoli di genere e delle norme sociali, si è manifestata una maggiore varietà di modelli familiari e di identità di genere e accanto alla possibilità di non essere indicata nell'atto di nascita, ha progressivamente preso forma l'istituto dell'adozione, consentendo ad individui desiderosi di abbracciare pienamente il ruolo genitoriale anche senza un legame biologico con il bambino, di farlo in modo completo e formale.¹⁷⁵ L'adozione ha sottolineato che la maternità può essere vissuta e svolta in modi diversi, condividendo la responsabilità e l'amore per un bambino anche al di là dei legami biologici, riflettendo una profonda comprensione della maternità come un concetto che va oltre la biologia e abbraccia la dedizione e l'affetto verso il bambino. La figura materna va oltre il legame biologico, comprendendo anche l'affetto e il ruolo della madre sociale, per cui è importante riconoscere che le fasi della gestazione e della successiva crescita del bambino non devono necessariamente essere portate avanti dalle stesse persone.

Allora un divieto totale che non consenta alla donna di decidere a chi affidare il bambino che ha partorito, potrebbe anche essere considerata come un'assenza di completezza nella costruzione giuridica e costituzionale della loro autodeterminazione sessuale e riproduttiva.¹⁷⁶ Una prospettiva costituzionalmente fondata sull'autodeterminazione potrebbe identificare una serie di diritti non negoziabili, tra cui, oltre la possibilità di decidere sull'interruzione di una gravidanza non desiderata, il proseguimento della gestazione e la decisione di riconoscere o meno il neonato, anche eventuali forme di relazione con il bambino nato. D'altronde in linea con l'evoluzione legata al principio di sussidiarietà orizzontale, è stato esteso anche il ruolo dell'autonomia individuale nei contesti familiari, includendo quindi questioni legate alla procreazione e alla filiazione e la protezione della dignità delle donne risulta

¹⁷⁵ RONCHETTI L., *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in CAIELLI M., PEZZINI B., SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 113.

¹⁷⁶ RONCHETTI L., *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in CAIELLI M., PEZZINI B., SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 120.

strettamente connessa al loro diritto di decidere liberamente sui loro corpi e sulla loro riproduzione.

È il libero consenso e la responsabilità delle donne coinvolte che delineano la linea tra scelta autonoma e coercizione, quindi, non sarebbe giusto considerare un reato la decisione di una madre di non voler essere coinvolta nella vita del bambino alla nascita. Il concetto di maternità come espressione del libero arbitrio delle donne significa riconoscere e rispettare la loro capacità di prendere decisioni autonome riguardo alla loro vita riproduttiva, includendo la possibilità di scegliere se e quando diventare madri nonché il modo in cui desiderano realizzare il proprio ruolo genitoriale. Il diritto all'autodeterminazione è un concetto complesso che riflette l'importanza delle scelte individuali nella vita di una persona ed è stato evocato in vari contesti. Per esempio, nonostante ci siano alcuni oppositori alla gestazione per altri che sostengono che la pratica minacci l'integrità psichica della gestante perché il legame con il feto può causare sofferenze emotive durante la consegna del bambino una volta nato, ci sono studi scientifici che non hanno riscontrato problemi psicologici significativi nelle gestanti, in quanto le stesse sono consapevoli della separazione dal bambino e spesso si sentono legate alla coppia committente piuttosto che al bambino.¹⁷⁷

Il principio personalistico, unito al principio solidaristico, impedisce di considerare la dignità in un modo puramente pubblicistico e di fare valutazioni generalizzate che trascurino la sfera individuale della donna. Questi principi, insieme ai cambiamenti sociali nei rapporti familiari, indicano la necessità di adottare una politica penale meno rigida e astratta, più aderente ai principi fondamentali del diritto penale incluso il rispetto del principio di offensività in concreto nel caso specifico considerato, che dovrebbe tener conto anche delle modalità con cui viene eseguita la pratica e l'impatto effettivo sulla dignità della gestante. Ciò dovrebbe tradursi non in una liberalizzazione indiscriminata della pratica, ma in una tutela graduale basata sulla valutazione delle circostanze individuali, considerando sia la volontà autonoma della gestante sia le modalità di realizzazione dell'atto, mirando a prevenire comportamenti opportunistici. La regolamentazione, quindi, emerge come l'unico modo per garantire una tutela

¹⁷⁷ LAMM E., *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcellona, 2013, pagg. 230 - 237.

efficace della dignità della gestante, senza escluderla dalla valutazione e senza privarla della sua dignità, ma esaltandola attraverso scelte solidali, come quella di portare avanti una gravidanza per conto di altri.

Ne è un esempio il Portogallo che, per la prima volta tra le Corti europee, ha affrontato il tema della legittimità costituzionale della gestazione per altri, chiedendosi se la pratica rispettasse il principio della dignità umana, interpretato come libertà di autodeterminarsi e la giurisprudenza ha sottolineato l'importanza della libera scelta della donna coinvolta come surrogata, garantendo che la stessa non sia però soggetta a dipendenza economica da parte dei genitori intenzionali. Si è concluso, quindi, che la madre surrogata non deve essere considerata solo uno strumento per realizzare i desideri altrui, ma un soggetto attivo, indipendente e libero di decidere di intraprendere una gravidanza per conto di altri. Tuttavia, affinché questa autodeterminazione sia reale, il diritto deve regolare attentamente le relazioni coinvolte, garantendo sempre il protagonismo femminile e assicurando che la surrogazione avvenga su base gratuita, ad eccezione al massimo delle spese mediche.¹⁷⁸

Questo approccio rispetta non solo le scelte individuali delle donne ma di tutti i soggetti che decidono di formare una famiglia, compresi i genitori committenti che scelgono la surrogazione gestazionale come opzione per lo scopo perseguito, essendo questo diritto ricompreso nella libertà di autodeterminazione così come garantita dagli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione italiana e nel diritto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU. L'implementazione di questo principio è stata cruciale nel garantire il percorrere la via della procreazione medicalmente assistita e, in modo più specifico, potrebbe essere cruciale anche nello smantellamento del divieto della maternità surrogata per non limitare la definizione di maternità ad un unico percorso.

2.3. Il diritto alla genitorialità e le sue implicazioni per i genitori e per i figli

Alla luce dell'idea di proteggere anche l'autodeterminazione dei genitori committenti, il ricorso alla gestazione per altri potrebbe essere visto come una modalità per garantire il diritto alla genitorialità: d'altronde la possibilità di procreare potrebbe rientrare nel diritto a fondare una famiglia. Già nel 2000, la Corte Costituzionale dichiarava

¹⁷⁸ SCHILLACI A., *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in CAIELLI M., PEZZINI B., SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 181.

incostituzionali le norme che limitavano la possibilità di avere figli a coloro che volevano intraprendere una carriera in alcuni corpi armati, sostenendo che la libertà procreativa fosse un diritto fondamentale. Prima dell'introduzione nel 2004 della legge sulla procreazione medicalmente assistita, l'accesso ai centri di PMA era assimilabile a quello in cliniche private, per cui non esistendo ancora un riconoscimento del diritto alla procreazione assistita come diritto sociale si consentiva l'utilizzo di molte tecniche di procreazione artificiale su cui lo Stato non interferiva. Sebbene quello di procreare non possa tutt'oggi essere considerato un diritto assoluto o una pretesa legale (i genitori committenti ad esempio non possono costringere una donna a portare avanti una gravidanza) la gestazione per altri offrirebbe comunque una nuova opportunità per realizzare il desiderio di avere figli, consentendo addirittura ai genitori committenti di avere un coinvolgimento fin dall'inizio della gravidanza e di partecipare al processo di gestazione e nascita del bambino.

L'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, come modo per accedere al diritto alla genitorialità, ha avuto un impatto significativo con la legge n. 40 del 2004 e ha avuto un ampliamento con la sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale.¹⁷⁹ Il diritto di ricorrere alle tecniche mediche per diventare genitori, quando la concezione naturale è impossibile per gravi motivi di salute, rappresenta un'espressione del diritto individuale alla tutela della propria salute, intesa nel suo complesso, ricomprendendo quindi sia l'aspetto fisico sia psicologico. Non si tratta di una richiesta assoluta di avere figli a ogni costo, per esempio trattando il corpo come una merce, ma piuttosto di un diritto fondamentale che include sia un aspetto negativo, nel rispetto della sfera privata e dello Stato, sia un aspetto positivo, nel reclamo della realizzazione personale nei confronti delle istituzioni statali.

Tuttavia, questo diritto può essere esercitato solo se risultino soddisfatti determinati requisiti valutati anche dai medici e garantendo il bilanciamento con una serie di necessità, tra cui la protezione del minore. Ovviamente le necessità e gli interessi costituzionalmente rilevanti che devono essere bilanciati con il diritto in oggetto, differiscono tra la procreazione naturale e quella artificiale poiché nel caso della procreazione naturale, l'unico interesse che potrebbe giustificare limitazioni alla

¹⁷⁹ BALDINI V., *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2014, pagg. 1 - 9.

libertà procreativa è la tutela del nascituro e poi del nato ma l'articolo 13 Cost., garantendo la libertà personale, rende difficile l'implementazione di tali limiti. Nel caso invece della procreazione artificiale, si considerano oltre agli interessi del nascituro e del nato anche gli interessi del medico e dello Stato, per cui la tutela del nato può essere garantita attraverso un intervento da parte del legislatore volto a regolare il diritto alla procreazione medicalmente assistita, tenendo però presente che è sempre necessario giustificare qualsiasi limitazione alla libertà procreativa o al diritto di procreare con la tutela di altri valori costituzionali, evitando limiti arbitrari e discriminatori.¹⁸⁰

Sostenendo che il diritto di una coppia di concepire un figlio e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia protetto dall'art. 8 CEDU, la Corte EDU ha fatto rientrare questa decisione di diventare genitori attraverso tali tecniche come una parte del diritto alla vita privata e familiare. In questo contesto affermare la rilevanza costituzionale del ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa potrebbe implicare anche il riconoscimento del diritto di ricorrere alla maternità surrogata, specialmente quando un elemento della coppia ha un legame genetico con il bambino.¹⁸¹ Così il diritto alla riproduzione è stato interpretato nel senso che una coppia o un individuo ha il diritto di riprodursi non solo naturalmente, ma anche attraverso le nuove tecnologie riproduttive e l'aspirazione di ogni essere umano alla paternità o maternità ha portato a difendere l'esistenza del diritto a procreare, come la facoltà della persona interessata di scegliere il mezzo attraverso cui esercitare tale diritto. Il diritto alla

¹⁸⁰ È importante esaminare alcuni dei diritti del figlio che possono entrare in conflitto con la libertà di procreazione, poiché sono spesso citati dalla giurisprudenza come motivazione per limitare l'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Tra questi ci sono il diritto al mantenimento, all'educazione, all'assistenza morale, alla protezione e all'ascolto, che sono considerati parte integrante della sua personalità. Il diritto al mantenimento e all'educazione implicano principalmente obblighi economici da parte dei genitori, che per esempio hanno l'obbligo di sostenere le spese educative del figlio quindi spese come quelle per l'istruzione, l'alloggio e la salute. Invece i diritti legati all'assistenza morale e alla protezione sono più difficili da quantificare e sono difficilmente coercibile, infatti l'assistenza morale comprende per esempio il diritto del minore di ricevere amore e cura nonché di essere sostenuto nelle proprie inclinazioni e nello sviluppo della propria personalità in un ambiente familiare idoneo. Il dovere di protezione, invece, si traduce in comportamenti volti a preservare il figlio da pericoli potenziali o reali. La violazione di questi diritti può comportare sanzioni legali, comprese azioni di responsabilità civile o penale. ¹⁸⁰ FLORE S., *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2021, pagg. 42 - 46.

¹⁸¹ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pagg. 109 - 139.

procreazione va comunque tutelato e può essere esercitato anche con le tecniche di riproduzione artificiale e quindi con la maternità surrogata.

La sentenza del 2014 sopra indicata, respingendo l'argomento secondo cui soltanto le tecniche di fecondazione omologhe dovrebbero essere ammesse e sostenendo l'irrazionalità del divieto delle tecniche di fecondazione eterologa in alcuni casi specifici, ha affermato che il diritto alla genitorialità è un'espressione della libertà di autodeterminazione e non può essere limitato senza una giustificazione valida, tenendo soprattutto in considerazione che la praticabilità di queste tecniche eterologhe è diffusa in altri Paesi. D'altro canto, la sentenza considera l'accesso alle tecniche di PMA come una concretizzazione del diritto alla genitorialità, specialmente per coloro che non possono concepire naturalmente a causa di patologie. La possibilità di utilizzare anche tecniche eterologhe è stata considerata come una necessaria estensione di questo diritto e, al di là delle valutazioni politiche del legislatore, si è giunti a ritenere che la provenienza genetica non sia un requisito essenziale per definire una famiglia o un legame di filiazione, in cui ciò che deve essere prioritario è l'interesse del minore a vivere in un ambiente familiare, dove il legame genitoriale si basa su legami effettivi, ma non necessariamente genetici. Quindi la Corte Costituzionale ha giustificato l'approccio dell'eterologa, dando priorità alle aspirazioni genitoriali delle coppie piuttosto che ai potenziali pregiudizi derivanti dalla mancanza di certezza sull'identità genetica e sull'origine biologica del nato e valorizzando una forma di genitorialità basata sul consenso e sull'assunzione volontaria delle responsabilità genitoriali. Nonostante la maternità surrogata rimanesse vietata, l'apertura verso un utilizzo più ampio delle tecniche in questione, specialmente quelle eterologhe appunto, ha rappresentato un momento cruciale nell'evoluzione delle tecnologie mediche e scientifiche. Nella procreazione eterologa, il legame genitoriale non si basa più esclusivamente sulla corrispondenza biologica, ma piuttosto sulla volontà degli aspiranti genitori di assumere il ruolo parentale e sull'interesse del bambino. Non essendo più la connessione genetica il fattore determinante per stabilire la filiazione, viene messa in discussione anche l'ipotesi che il legame naturale derivante dalla nascita sia l'unico elemento per determinare la maternità e si suggerisce quindi che in determinate circostanze sia possibile regolare l'istituzione del legame materno anche in base alla volontà dei soggetti coinvolti indicando una tendenza verso un progresso

che, pur non escludendo l'importanza del legame biologico, non si ferma di fronte a limitazioni politiche o sociali. Piuttosto che bloccare il progresso scientifico, l'evoluzione delle leggi e delle pratiche potrebbe consentire di adattarsi alle mutevoli esigenze della società, garantendo allo stesso tempo il rispetto dei diritti individuali e della dignità umana, soprattutto quelli dei minori. È sempre accaduto che una parte della società reagisse con sdegno e rifiuto di fronte a ciò che è nuovo, ma con il passare del tempo di solito ci sono risposte di accettazione maggiore finché non si raggiunge un'accettazione generalizzata come è stato anche nel caso di molte altre nuove tecnologie nel campo della riproduzione assistita.

Inoltre, riguardo l'interesse del minore, anche i nati da maternità surrogata hanno un diritto ad una genitorialità piena: quindi il diritto del figlio ad avere genitori è equiparato al diritto dei potenziali genitori di essere tali. La questione riguarda il riconoscimento e la tutela dei legami affettivi e di cura tra un minore e un adulto, nonché l'interesse concreto nel riconoscimento del rapporto genitoriale e dei relativi diritti e doveri, d'altronde l'interesse del minore richiede il riconoscimento dei doveri legati all'esercizio della responsabilità genitoriale da parte degli individui che si occupano di lui, al fine di garantire i suoi diritti in modo equo. La mancanza di un riconoscimento legale del suo *status* di figlio potrebbe danneggiare i suoi diritti e strumentalizzare la sua persona, pur se con l'intento di scoraggiare la pratica della maternità surrogata. Infatti, la regolamentazione della gestazione per altri potrebbe rappresentare una soluzione che meglio soddisfa l'interesse superiore del bambino, garantendo la sua sicurezza giuridica e proteggendolo adeguatamente. Resta fondamentale assicurare una figura genitoriale duplice per garantire il diritto del bambino alla bigenitorialità, la cui importanza è stata evidenziata anche da una sentenza della Corte EDU. Nel caso della sig.ra K.K., madre di gemelli nati tramite maternità surrogata commerciale in Ucraina nel dicembre 2013, il riconoscimento legale della sua maternità è stato oggetto di controversie legali in Danimarca, sebbene i certificati di nascita rilasciati in Ucraina indicassero la sig.ra K.K. e suo marito come genitori dei gemelli, la legge danese non riconosceva la madre intenzionale, considerando solo la donna che aveva partorito come madre legale. Cercando di ottenere l'adozione dei gemelli in Danimarca, la sig.ra K.K. si rivolse alle autorità, che respinsero la sua richiesta, sostenendo che l'adozione sarebbe stata contraria alla legge

danese in quanto la madre surrogata aveva ricevuto un compenso per il suo servizio, essendo invece legale in Danimarca unicamente la maternità surrogata di tipo altruistico. Anche la Corte suprema danese successivamente respinse il ricorso, sottolineando che la maternità surrogata commerciale era in conflitto con i valori fondamentali della società danese. Quindi i ricorrenti portarono il caso davanti alla Corte EDU sostenendo la violazione del loro diritto al rispetto della vita familiare e privata ex art. 8 CEDU, ma la Corte con una sentenza del 6 dicembre 2022 stabilì che non vi era stata violazione del diritto al rispetto della vita familiare, poiché i gemelli avevano vissuto come una famiglia sin dal loro arrivo in Danimarca e avevano ottenuto la cittadinanza danese grazie al legame biologico con il padre. A proposito, invece, del rispetto della loro vita privata, nonostante avessero vissuto a lungo con la madre intenzionale e il padre biologico, i gemelli non avevano un legame genitoriale legalmente riconosciuto con la sig.ra K.K., creando incertezza giuridica che influiva anche sui loro diritti successori. In conclusione, la Corte EDU stabilì che le autorità danesi non avevano bilanciato adeguatamente il diritto dei minori a ottenere il riconoscimento legale del loro legame con la madre intenzionale e gli interessi della società a limitare la maternità surrogata commerciale. Pertanto, dichiarò la violazione dell'articolo 8 della CEDU, sottolineando l'importanza per i minori di vedere riconosciuto legalmente il loro legame anche con la madre intenzionale.¹⁸²

3. Alla ricerca di una normativa più “equilibrata”

Coloro che auspicano una regolamentazione più permissiva della maternità surrogata in Italia spesso sottolineano l'importanza di distinguere quella altruistica da quella commerciale. Infatti, il divieto assoluto attualmente vigente in Italia vieta la gestazione per altri senza prevedere alcuna deroga e anzi generando secondo alcuni un conflitto con principi costituzionalmente garantiti.

Nonostante tutti i diritti fondamentali protetti dalla Costituzione siano collegati tra loro e non possano essere considerati in modo isolato, sembrerebbe che questa mancanza di flessibilità trascuri principi cruciali come l'eguaglianza, l'autodeterminazione, il rispetto delle decisioni individuali e il diritto ad avere una vita familiare proprio in

¹⁸² Corte EDU, ric. n. 25212/21 del 6 dicembre 2022, K.K e altri c. Danimarca.

favore del principio dell'ordine pubblico interno.¹⁸³ Tale divieto potrebbe essere considerato come un'eccessiva prioritizzazione di un singolo diritto sulla complessità dei diritti umani, che potrebbe portare ad un'esagerata limitazione delle libertà individuali.

Nel caso della commercializzazione della maternità surrogata, la ragione della punizione è chiara: si tratta di proteggere coloro che potrebbero essere sfruttati a causa delle proprie difficoltà economiche.

Tuttavia, questa giustificazione non si applica alla maternità surrogata solidaristica, quando una donna, incapace di portare avanti una gravidanza, chiede a una parente o a un'amica di farlo al suo posto perché motivata da un legame affettivo o di amicizia, in questo caso la dignità della donna non viene lesa, a differenza di quanto accade con la commercializzazione della pratica.¹⁸⁴ Quindi la gestazione per altri altruistica potrebbe essere vista come un atto di generosità e amore secondo cui la madre biologica offre il dono prezioso della gravidanza a chi non può avere figli in modo tradizionale.

Sul punto è importante notare che il Consiglio d'Europa del 1989 sottolineò il divieto del commercio di maternità per il suo contrasto con la dignità umana, ma permise agli Stati di consentire la GPA nel caso in cui una donna incapace di portare avanti una gravidanza si fosse rivolta ad un'amica o parente per realizzarla a condizione che non fosse previsto alcun pagamento per questo servizio.¹⁸⁵

Un'analisi più approfondita potrebbe considerare delle possibili deroghe al divieto assoluto, tenendo conto delle situazioni individuali e delle esigenze delle parti coinvolte. Nonostante le opinioni pubbliche siano divise sull'argomento, molti sottolineano l'importanza di bilanciare i valori coinvolti e riconoscere il valore del gesto di altruismo, ove previsto. Per poter consentire la maternità surrogata a scopi altruistici deve essere promossa una regolamentazione completa di una serie di

¹⁸³ GALLO F., RE F., D'ANDREA R., CICATELLI A., ARDITO E., MICELI M., NEGRI L. M. R., STRINGA P., *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge "Meloni" e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in *Giurisprudenza Penale web*, fasc. 7, 2022, pag. 28.

¹⁸⁴ MANNA A., *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come "reato universale"*, in *Sistema penale*, 2023.

¹⁸⁵ VALONGO A., *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 2, 2016, pag. 140.

requisiti. Innanzitutto, bisogna capire cosa rientri nella retribuzione della gestante, se per esempio si possa considerare retribuita anche la gestazione per altri che include compensi per spese mediche ed assistenza e quindi si delineano tre opzioni: quella della retribuzione, della compensazione o nulla. In molti Paesi si argomenta a favore della compensazione come opzione più equa poiché evita la professionalizzazione della pratica, ma consente comunque alla gestante di ottenere il pagamento delle spese di base che deve supportare per portare avanti la gravidanza.

Poi si deve definire come i genitori committenti acquisiscano la filiazione dei bambini nati attraverso questa pratica, distinguendo tra una regolamentazione che si concentra sul trasferimento della filiazione dopo il parto e un'altra di pre-approvazione degli accordi di gestazione per surrogazione, sottolineando anche l'importanza del consenso informato dei genitori intenzionali che assumeranno la responsabilità genitoriale del bambino una volta nato. Nel consenso informato si deve tener conto anche delle informazioni sui rischi e sulle conseguenze giuridiche legate all'applicazione delle tecniche in questione, oltre a dover prendere in considerazione l'ipotesi della revoca del consenso e le sue possibili conseguenze legali e pratiche. Potrebbero e, molto spesso accade, anche essere indicati dei requisiti riguardo i committenti che possono includere l'accettazione di coppie sposate o no, eterosessuali o anche omosessuali e persone singole, l'impossibilità di concepire o portare a termine una gravidanza senza rischi per la salute o anche la residenza nel Paese in cui avviene l'accordo di gestazione per surrogazione, l'idoneità dei committenti stessi a svolgere il ruolo che gli verrà assegnato e la contribuzione di almeno uno dei committenti con il proprio materiale genetico. Nel contesto di una potenziale regolamentazione normativa della maternità surrogata, emerge la priorità di garantire una corrispondenza genetica tra la coppia committente e il neonato, al fine di consentire al genitore intenzionale di essere riconosciuto qualora si verifici un rifiuto delle responsabilità da parte dello stesso dopo la nascita, ad esempio in caso di malformazioni fetali del nato. Questo principio implica che il padre e la madre intenzionali, contribuendo geneticamente alla creazione dell'embrione, rimangano legalmente responsabili del bambino. Per garantire il benessere del minore, il sacrificio della verità biologica della maternità dovrebbe essere compensato mantenendo il legame di consanguineità con il padre intenzionale. L'importanza del contributo genetico almeno da parte del padre intenzionale è stata

spesso ribadita anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in casi di maternità surrogata, evidenziando l'importanza del legame di sangue tra il figlio e il padre. Coerentemente con questo approccio, si propone di escludere che la gestante concorra alla formazione del patrimonio genetico del neonato perché la sua contribuzione genetica avvalorerebbe soltanto l'interesse del bambino a mantenere un legame con colei che ha svolto entrambe le funzioni procreative. Inoltre, si deve considerare l'ipotesi di ricorrere a ovociti donati anonimamente, quando la madre intenzionale non solo è fisicamente incapace di partorire ma non può neanche produrre gameti, garantendo così la nascita del bambino e l'istituzione di una nuova genitorialità sociale.

Inoltre è fondamentale indicare i requisiti che la gestante deve avere per poter essere tale e per garantire che la pratica avvenga in modo etico e sicuro, includendo ad esempio il consenso che la stessa deve fornire in modo libero, senza coercizioni o pressioni e comprendendo pienamente le implicazioni mediche e psicologiche della gestazione per altri, o ancora i controlli medici e psicologici a cui deve sottoporsi per garantire il benessere suo e del bambino che porterà in grembo, la possibilità o meno per la gestante di fornire i propri ovuli, l'indicazione di un limite di gravidanze che la gestante può concludere e anche, ipoteticamente, il requisito che la gestante abbia figli precedenti affinché possa comprendere pienamente il suo impegno, la possibilità che venga indicata come gestante una familiare della coppia committente.

Infine, un requisito fondamentale per autorizzare la gestazione per altri è che si tenga sempre presente l'interesse superiore del bambino che potrebbe nascere, considerando che i committenti devono accettare i rischi di eventuali anomalie infantili o il rischio che la gestante voglia praticare un aborto, a seconda del tipo di regolamentazione che si predilige e, sul punto, sarebbe importante anche dare indicazioni sull'intervento giudiziario da affrontare in caso di conflitto tra i soggetti coinvolti. Infatti, nel contesto della maternità surrogata, sorgono rischi legati alla possibilità che le parti coinvolte possano cambiare idea durante il processo e che la gestante potrebbe decidere di non separarsi dal bambino o che la coppia committente potrebbe rifiutare di accogliere il neonato dopo la nascita.

3.1. Una proposta di legge italiana per disciplinare la “gravidenza solidale e altruistica”

In questo contesto, l'Associazione Luca Coscioni insieme alle associazioni Certi diritti e Famiglie Arcobaleno presentarono, nell'aprile del 2021 alla Camera dei Deputati su iniziativa dei deputati Termini, Frailis, Fraitoanni, Magi, Mammi, Penna, Sarli, Segneri, Siragusa, una proposta di legge ordinaria che mirava a regolamentare una forma di GPA altruistica, assegnata all'esame della Commissione Affari Sociali. Questa proposta era volta ad escludere qualsiasi forma di commercializzazione o sfruttamento del corpo femminile e dei minori coinvolti attraverso la regolamentazione di un quadro normativo chiaro e sicuro che avrebbe consentito alle persone di accedere alla procreazione assistita in modo etico e responsabile. Si basava non solo su considerazioni teoriche, ma anche sulle esperienze dirette di coloro che avevano partecipato a procedure di gravidanza altruistica o a fini commerciali in Paesi dove queste pratiche erano legali e sulle opinioni di coloro che intendevano accedervi in futuro, per riflettere la realtà delle persone coinvolte in queste procedure, proteggendone i diritti e la sicurezza. Mirava a regolare la pratica della gravidanza solidale e altruistica in Italia, colmando le ancora attuali lacune normative, per evitare incertezze legali e proteggere invece i diritti di tutti i soggetti coinvolti, soprattutto dei bambini nati da questa procedura, sia in Italia che all'estero, nel rispetto delle leggi straniere. L'intento - per certi versi simile a quello perseguito dalle proposte di legge presentate nell'attuale legislatura - era anche in questo caso, come in quello delle proposte di legge presentate nell'attuale legislatura, di evitare che le persone si affidassero ad agenzie estere o quanto meno di diminuire il turismo procreativo. Tuttavia, le modalità con cui si voleva raggiungere questo obiettivo erano, però, completamente diverse da quelle delle proposte di legge attuali, ritenendo che il problema non fosse la pratica stessa della maternità surrogata, quanto piuttosto quello dei rischi associati al ricorso, da parte dei soggetti che desideravano ricorrere a queste pratiche cosiddette “*low cost*”, ad agenzie estere poco affidabili, di dubbia credibilità e, talvolta, neanche autorizzate.

Per raggiungere questo obiettivo, i proponenti sostenevano l'importanza per l'Italia di adottare una legislazione che promuovesse l'autodeterminazione nelle scelte procreative nel rispetto dei diritti umani, della dignità e della sicurezza di tutte le

persone coinvolte, che sarebbero venute meno nel caso in cui la pratica fosse stata sottoposta ad una commercializzazione, ma che sarebbero state rispettate nel caso in cui una donna avesse scelto liberamente e volontariamente di portare avanti una gravidanza mediante l'impianto di un embrione concepito tramite tecniche di fecondazione in vitro, supportandone lo sviluppo fino al parto: quindi si faceva riferimento al caso di gravidanza solidale e altruistica, in cui gestazione e parto dovevano avvenire in territorio italiano. Nonostante i committenti non dovessero retribuire la gestante fornendole un compenso, prima del trasferimento dell'embrione nell'utero della stessa avrebbero dovuto aprire un conto corrente dedicato a coprire i costi relativi alla gravidanza solidale e altruistica, conto corrente che non avrebbero potuto chiudere prima di sei mesi dopo il parto. Questo tipo di gravidanza veniva rappresentata come una soluzione rivolta a singoli individui o coppie che, a causa di problemi di sterilità o infertilità, non erano in grado di concepire o portare avanti una gravidanza per motivi medici, psicologici o sociali. A differenza di quanto previsto dalla legge n. 40 del 2004, in questo caso l'accesso alla disciplina veniva rivolto anche a coloro la cui infertilità era legata a fattori esterni come l'assenza di un partner fertile o la presenza di un partner dello stesso sesso, tenendo sempre in considerazione che l'accesso alla gravidanza altruistica dovesse essere consentito solo se questi soggetti fossero stati maggiorenni, in età potenzialmente fertile e viventi. I soggetti coinvolti dovevano stipulare un accordo di gravidanza solidale altruistica e firmare un consenso informato sulle conseguenze giuridiche della loro decisione, nonché sui loro diritti e doveri nei confronti dei futuri bambini.¹⁸⁶ L'accesso alla gravidanza altruistica per il genitore singolo o la coppia sarebbe stato consentito solo dopo una valutazione medica e psicologica approfondita, da valutare nel contesto di un rapporto tra medico e paziente e alla luce di colloqui con uno psicologo-psicoterapeuta presso la struttura medica dove sarebbero dovute avvenire le procedure di fecondazione in vitro. Inoltre,

¹⁸⁶ Il consenso dato prima del trasferimento dell'embrione nell'utero non può essere revocato dal genitore singolo o dalla coppia, tranne nel caso in cui la gravidanza non sia confermata. Tuttavia, il consenso dato prima del trasferimento dell'embrione nell'utero può essere revocato dalla gestante se la gravidanza non è confermata o, se confermata, quando la gestante decide di interrompere volontariamente la gravidanza. Nel caso di dispute riguardanti il riconoscimento della genitorialità nei confronti dei neonati, le parti coinvolte possono fare ricorso al Tribunale del luogo in cui sono state effettuate le procedure di fecondazione in vitro. Il Tribunale, agendo nell'interesse dei minori e considerando le intenzioni espresse dalle parti nell'accordo stipulato, può adottare provvedimenti urgenti. Questa disposizione potrebbe essere applicata nel caso in cui la gestante decida di tenere il bambino con sé e di assumere la custodia e la responsabilità genitoriale, revocando implicitamente il consenso iniziale.

il genitore singolo o la coppia dovevano sottoscrivere un'assicurazione a favore della gestante per coprire tutti i rischi associati alla gravidanza e al parto, che non poteva essere estinta prima di sei mesi dopo il parto con la possibilità di prorogare questo periodo in caso di complicazioni mediche.

A proposito della gestante, anche se di nazionalità straniera, avrebbe dovuto soddisfare i seguenti requisiti: avere un'età compresa tra ventuno e quarantacinque anni, essere legalmente residente in Italia, aver già completato con successo una gravidanza con la nascita di un bambino vivo, avere almeno un figlio biologico ancora vivo e non portare a termine più di due gravidanze solidali e altruistiche per conto di altri, o più di tre nel caso in cui avesse già stipulato accordi precedenti e intendesse stipularne uno nuovo. La gestante sarebbe stata tenuta a sottoporsi a controlli medici approfonditi per accertare l'assenza di patologie che potessero rappresentare un rischio per la gravidanza e il trasferimento dell'embrione nell'utero sarebbe potuto avvenire solo dopo il rilascio di una certificazione che attestasse l'assenza di patologie e il possesso dei requisiti richiesti. La gestante si sarebbe dovuta impegnare a evitare qualsiasi comportamento che potesse essere dannoso per la salute del feto e a seguire tutti i controlli medici necessari durante la gravidanza, tuttavia avrebbe mantenuto il diritto di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza nel caso in cui la prosecuzione della gravidanza avesse rappresentato un grave rischio per la sua salute fisica o mentale. Se la gestante aveva legami di parentela o affinità fino al terzo grado con il genitore singolo o la coppia, i requisiti relativi alle gravidanze precedenti non si applicavano, a condizione che il medico avesse espresso parere positivo sulla capacità della gestante di portare a termine la gravidanza senza rischi. Inoltre, il reddito della gestante doveva essere almeno il doppio di quello previsto per l'ammissione al gratuito patrocinio, considerando il reddito degli ultimi due anni prima della stipula dell'accordo di gravidanza. Nel caso in cui la gestante fosse stata una lavoratrice autonoma o avesse avuto un'occupazione atipica, le spese indirette avrebbero incluso il danno economico derivante dalla differenza tra il reddito percepito nell'anno precedente alla stipula dell'accordo di gravidanza solidale e altruistica e l'anno della gestazione. Questo assicurava il rimborso del mancato guadagno, senza consentire un eventuale arricchimento della gestante grazie all'accordo.

Nei casi di gravidanza per altri realizzata in Italia non solidale e altruistica, ma a fini commerciali, si sarebbe continuato ad applicare quanto stabilito dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004. Presso l'Istituto Superiore di Sanità si proponeva di istituire, mediante decreto del Ministro della Salute, il Registro Nazionale delle Gestanti, i cui dati sarebbero stati conservati per trenta anni al fine di garantire il rispetto dei requisiti delle gestanti, dei controlli medici e del luogo di gestazione, oltre ad organizzare campagne informative sulla gravidanza solidale e altruistica e raccogliere le istanze di interesse delle donne che volessero diventare gestanti, indicando loro le strutture più vicine per le procedure di fecondazione in vitro. L'iscrizione al registro sarebbe stata obbligatoria per le gestanti, mentre le strutture che effettuano le procedure mediche di fecondazione in vitro per la gravidanza solidale e altruistica avrebbero dovuto fornire ai servizi epidemiologici regionali e all'Istituto Superiore di Sanità i dati necessari per garantire trasparenza e rispetto delle normative. Un'altra importante innovazione contenuta in questa proposta normativa era rivolta alla tutela dei diritti e del benessere dei minori nati attraverso la GPA, stabilendo regole chiare e garantendo il pieno riconoscimento giuridico delle relazioni familiari, su spinta della Corte EDU e della Corte Costituzionale, che avevano ritenuto essenziale che entrambi i genitori biologici venissero legalmente riconosciuti e che si assumessero le responsabilità parentali nei confronti del minore. In base alla proposta di legge i nati da un accordo di gravidanza solidale e altruistica sarebbero stati considerati figli legittimi o figli riconosciuti del genitore singolo o della coppia che aveva stipulato l'accordo e che sarebbe stato indicato come genitore nell'atto di nascita. Quindi il singolo o la coppia commissionante avrebbero avuto l'obbligo di assumere la piena custodia dei minori e di indicare un tutore, prima della sottoscrizione dell'accordo. La gestante e il suo coniuge o partner non avrebbero acquisito alcun diritto o obbligo nei confronti dei bambini nati, infatti nessuna informazione sui registri civili poteva rivelare le circostanze della gravidanza solidale e altruistica. Loro non sarebbero stati menzionati nell'atto di nascita e sarebbero state le parti a decidere se mantenere contatti reciproci dopo la nascita dei bambini, sempre nel rispetto del loro benessere psico-fisico. La proposta di legge presentata inoltre imponeva che i gameti utilizzati per concepire l'embrione derivassero da donatori, nel rispetto delle normative sull'anonimato e la sicurezza degli stessi, o anche dal genitore singolo o

dalla coppia commissionante, escludendo la possibilità che l'ovocita fecondato derivasse dalla stessa gestante.

A ben vedere questa regolamentazione con conseguente limitazione del perimetro di operatività del reato di surrogazione di maternità richiederebbe un cambiamento di approccio radicale, accogliendo l'idea del diritto penale come *extrema ratio* e andando contro la tendenza generalizzata di ampliare il campo di applicazione del diritto penale attraverso una panpenalizzazione.¹⁸⁷

In assenza di questo mutamento di prospettiva, la proposta di legge nel luglio del 2023 non è stata accolta in Parlamento, nonostante la regolamentazione della maternità surrogata appaia uno strumento adatto a contrastarne lo sfruttamento e la commercializzazione, anche perché storicamente il proibizionismo e l'abolizionismo hanno dimostrato di non essere soluzioni efficaci e, probabilmente, neanche questa volta sarà diverso. Quindi da un lato si continua a sollevare il problema delle agenzie coinvolte nella gestazione per altri, sottolineando che dietro l'apparente generosità delle donne coinvolte in pratiche altruistiche vi è spesso un lucro per tutti gli altri soggetti coinvolti, in particolare per le agenzie che operano a livello europeo e traggono profitto dalla capacità produttiva delle donne riducendo la maternità ad un mero mezzo di produzione per il beneficio di altri; dall'altro lato, invece, si sottolinea che l'alternativa ad una legge che definisca i bambini nati da maternità surrogata come figli di un reato universale potrebbe essere proprio la regolamentazione della pratica in forma solidale, criticando ancora una volta chi vuole rendere un reato universale ciò che altrove è una pratica regolamentata.

D'altronde se si prendessero in considerazione i disegni di legge presentati in Italia nell'attuale legislatura, ci si renderebbe conto che molti di questi vogliono punire la pratica in quanto simbolo di un'abominevole commercializzazione dei corpi femminili e dei bambini nati da esse, ma tuttavia vorrebbero raggiungere questo risultato attraverso una generalizzazione che non tiene conto delle diverse situazioni in cui queste pratiche avvengono e quindi della possibilità che molte donne scelgono consapevolmente di partecipare a programmi di gestazione per altri, esercitando il loro diritto all'autodeterminazione riproduttiva. Dovremmo valutare attentamente le

¹⁸⁷ DI NINO A., *Verso un diritto penale onnipresente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *Sistema penale*, 2024, pag. 99.

circostanze specifiche in cui queste pratiche avvengono nei diversi Paesi per determinare se effettivamente violano la dignità delle donne e i diritti dei bambini. Una legge che punisca indiscriminatamente queste pratiche non terrebbe conto della complessità delle situazioni individuali.

4. Una panoramica comparativa della maternità surrogata in diversi sistemi legali

La pratica della maternità surrogata è regolamentata in modo diverso da Paese a Paese e confrontare le diverse soluzioni adottate può offrire preziosi spunti sia agli interpreti sia al legislatore, in vista di una futura e diversa regolamentazione della stessa in Italia. In linea generale, i Paesi si dividono in quattro categorie: quelli che vietano completamente la maternità surrogata, di solito con sanzioni penali rivolte a committenti, intermediari e strutture sanitarie; quelli che la permettono anche a fini commerciali, tutelando principalmente gli interessi dei genitori committenti; quelli che la consentono soltanto in forma solidaristica, vietando la commerciale e, infine, quelli che non la regolamentano ma spesso la consentono per motivi altruistici.¹⁸⁸

4.1. I Paesi con approcci restrittivi

In Europa, le restrizioni in tema di maternità surrogata non sono uniformi ovunque: infatti, ci sono Paesi che vietano espressamente anche la maternità surrogata altruistica, altri che non distinguono fra le due forme considerandole entrambe vietate e altri ancora che impongono delle sanzioni di carattere penale in caso di ricorso alla pratica.

In Spagna, per esempio, la situazione legale della gestazione per altri è complessa e soggetta a diverse interpretazioni. La legge n. 14 del 2006 dichiara nulli i contratti sia della GPA commerciale che di quella altruistica, ma se un contratto di surrogazione viene comunque concluso, si stabilisce che lo *status filiationis* sarà determinato dal parto indipendente dalla provenienza degli ovuli o degli embrioni e che rimane comunque possibile l'azione di riconoscimento della paternità da parte del padre biologico. L'ordinamento spagnolo, secondo alcuni, non indicando delle sanzioni né penali né amministrative nei confronti di questa pratica, fa quasi apparire che la stessa

¹⁸⁸ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 50.

sia tollerata, d'altronde è stato anche istituito un registro per i bambini nati da maternità surrogata fuori dalla Spagna, nei Paesi in cui la stessa è ammessa. Ma altri sostengono che, nonostante non ci sia una legge specificatamente rivolta a punire questa pratica, la punizione di chi la commette si può ricavare da una legge più ampia che punisce gravemente il ricorso a tecniche non consentite espressamente dalla legge. In conclusione, la legge spagnola dichiara nullo il contratto di gestazione surrogata ma non disciplina la responsabilità degli intermediari coinvolti.¹⁸⁹

In Francia, la posizione sulla gestazione surrogata è stata chiaramente definita attraverso il parere del Comitato Consultivo Nazionale di Etica, che nelle sue opinioni del 1984, 2005 e 2010, si è espresso contro la gestazione surrogata, sottolineando il rischio di sfruttamento delle donne coinvolte e le possibili gravi conseguenze emotive per i bambini. La legislazione francese riflette questa posizione, considerando nulle tutte le convenzioni volte a realizzare la maternità surrogata, quindi sia quella commerciale sia quella altruistica poiché contraria ai principi di ordine pubblico, di indisponibilità del corpo umano e di indisponibilità degli *status* personali. Inoltre, il Codice penale francese sanziona con pene detentive e multe gli intermediari tra la gestante e i committenti e coloro che simulano o inducono in inganno riguardo allo stato civile del bambino nato da questa pratica. Nonostante la legislazione francese proibisca e penalizzi la gestazione surrogata, la pratica continua ad essere diffusa, spingendo le autorità a trovare soluzioni pratiche per garantire i diritti dei bambini nati attraverso questo metodo all'estero, quando uno dei genitori è francese.¹⁹⁰

In Germania, così come accade in Italia, si punisce in maniera generica la pratica della maternità surrogata con una pena detentiva fino a tre anni e una sanzione amministrativa molto elevata, senza esplicitare se il divieto valga per entrambe le versioni. In mancanza di una precisa indicazione della pratica vietata, si ritengono punite entrambe le sue forme, ma un'importante differenza tra l'ordinamento tedesco e quello italiano è rappresentata dalla circostanza che il primo è tra i pochi ordinamenti a definire la pratica e a distinguere quella gestazionale da quella tradizionale,

¹⁸⁹ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 52.

¹⁹⁰ LAMM E., *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcellona, 2013, pagg. 118 - 124.

nonostante non ne faccia alcuna differenza da un punto di vista sanzionatorio.¹⁹¹ La legge tedesca sulla maternità surrogata pone la massima importanza sui diritti del bambino rispetto ai desideri dei genitori committenti, perché si ritiene che separare un bambino della madre che lo ha partorito possa essere dannoso per il legame affettivo e che il bambino possa soffrire psicologicamente sapendo di avere due madri diverse, una genetica e l'altra gestazionale. Secondo la legge tedesca, la madre legale è sempre la donna che ha partorito il bambino indipendentemente dalla surrogazione e la madre committente non può essere riconosciuta come madre, l'unico modo per farlo è attraverso l'adozione. Di conseguenza, i contratti di surrogazione sono considerati illegali e non è possibile stabilire lo *status* di genitore prima della nascita del bambino, tuttavia la giurisprudenza tedesca ha stabilito che il diritto del bambino a essere riconosciuto come figlio di entrambi i genitori, anche quelli intenzionali, è prioritario rispetto ai desideri dei genitori; ciò significa che nonostante la Germania possa non riconoscere direttamente i certificati di nascita stranieri derivanti da contratti di surrogazione all'estero, può accettare le decisioni delle Corti straniere che rispettano i principi fondamentali del diritto tedesco, in particolare quelli riguardanti i diritti del bambino.¹⁹² Quindi, se una Corte straniera emette una decisione che riconosce legalmente i genitori intenzionali e questa decisione è congruente con i principi fondamentali del diritto tedesco e con il diritto del bambino ad essere riconosciuto come figlio di entrambi i genitori, allora la Germania potrebbe accettare tale decisione e riconoscere legalmente i genitori intenzionali come genitori legali del bambino. Tuttavia, ogni caso può essere diverso e può dipendere da una serie di fattori legali e giurisdizionali specifici.

In Svizzera, la maternità surrogata è stata vietata dalla Costituzione federale nel gennaio 2001, divieto che è stato motivato dalla volontà di proteggere la dignità della madre surrogata, del nascituro e del benessere del bambino stesso, ragioni che sono ancora considerate valide nonostante i progressi scientifici e il cambiamento sociale nel corso degli ultimi vent'anni. La Svizzera ha adottato una delle leggi più rigorose

¹⁹¹ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 58.

¹⁹² FIORE R., *La gestazione per altri*, (a cura di) MARTORANA M., *Maternità surrogata*, Milano, 2023, pag. 56.

al mondo sulle tecnologie di riproduzione assistita, evidenziata dalla decisione dell'Accademia Svizzera della Scienza Medica di vietare l'uso della fecondazione in vitro e il trasferimento di embrioni sin dal 1985, considerandoli appunto atti che ledono la dignità umana. Nel novembre 2014, il Consiglio Federale Svizzero è stato incaricato di redigere un parere sulla procreazione assistita e sui suoi risvolti etici, al fine di valutare la possibilità di introdurre nuove normative legislative. Tuttavia, dopo un'analisi approfondita, è stato concluso che la mera legalizzazione della maternità surrogata non sarebbe stata sufficiente a risolvere i problemi morali ad essa associati.¹⁹³ Nonostante il divieto in Svizzera, molte coppie che desiderano un figlio ricorrono alla maternità surrogata all'estero e tornano nel Paese con il neonato senza difficoltà, poiché il rapporto di filiazione non è messo in discussione a meno che non vi siano indizi concreti che suggeriscano una maternità surrogata. Tuttavia, la maggior parte dei casi sfugge alla verifica delle autorità, a meno che non vi siano segnali evidenti come un atto di nascita che non menzioni la madre o ne indichi una manifestazione non fertile.

Anche fuori dall'Europa, ci sono Paesi come la Cina, in cui la maternità surrogata non è consentita. In Cina non è vietata espressamente dalla legge ma il Ministero della Salute ne proibisce l'esecuzione, avendo emesso delle disposizioni che vietano agli operatori sanitari di praticarla. Secondo l'interpretazione prevalente, i contratti di surrogazione di maternità sarebbero considerati nulli perché nell'ordinamento cinese un contratto è invalido se contrario non solo a norme imperative ma anche a regolamenti di carattere amministrativo, come in questo caso. Tuttavia, questo solleva interrogativi sulla loro conformità costituzionale, poiché la Costituzione cinese riconosce il diritto dei coniugi a procreare e incarica lo Stato di promuovere la crescita demografica. La discussione riflette anche l'ambiguità su come interpretare i regolamenti ministeriali: alcuni sostengono che i regolamenti ministeriali non vietino esplicitamente la pratica, poiché si limitano a sanzionare gli operatori sanitari, non la madre surrogata o i genitori intenzionali, altri ritengono che, sebbene la surrogazione altruistica sia accettabile per promuovere l'interesse pubblico della procreazione, i

¹⁹³ FIORE R., *La gestazione per altri*, (a cura di) MARTORANA M., *Maternità surrogata*, Milano, 2023, pag. 63.

contratti onerosi andrebbero considerati contrari all'ordine pubblico, specialmente in base al principio dell'incomerciabilità del corpo umano.

Generalmente i Paesi che hanno adottato un divieto assoluto della maternità surrogata lo hanno fatto per proteggere la dignità umana, considerata un valore così fondamentale da essere indisponibile. Ma in alcuni ordinamenti, nonostante il divieto della pratica, i minori nati all'estero da gestazione per altri hanno visto riconosciuta la loro registrazione di nascita e in pochi casi gli interessi pubblici hanno prevalso sul diritto del minore a essere riconosciuto come figlio biologico del soggetto che aveva geneticamente contribuito alla sua nascita. In pratica, la gestazione surrogata continua ad essere praticata anche in Paesi dove è vietata, spesso attraverso sotterfugi legali. Il divieto si è dimostrato inefficace poiché le parti coinvolte trovano modi per aggirare la legge, danneggiando coloro che dispongono di minore potere contrattuale. Allo stesso tempo, la mancanza di regolamentazione non impedisce la pratica della gestazione surrogata. Senza una guida normativa adeguata, questa avviene senza controlli e limiti, aumentando il rischio di abusi. In Belgio, per esempio, dove non è regolamentata, alcune strutture sanitarie praticano regolarmente la maternità surrogata, in base a regole interne stabilite dai comitati etico-scientifici, ammettendo generalmente alle surrogazioni gestazionali e non tradizionali le coppie eterosessuali, a condizione che sia documentata la sterilità o infertilità della madre intenzionale e che gli aspetti finanziari siano gestiti dalle parti coinvolte, sempre secondo la natura solidaristica della pratica.¹⁹⁴

Di fronte a questa realtà risulta spontaneo chiedersi quale sia la miglior soluzione che il legislatore debba adottare: in ogni caso sembrerebbe che né un esplicito divieto né il silenzio della legge impediscano che la pratica si realizzi. È innegabile che i problemi legati alla gestazione per surrogazione sono numerosi, ma un quadro normativo che la regolamenti in modo appropriato potrebbe mitigare i problemi legati alla gestazione surrogata, garantendo la protezione dei diritti delle persone coinvolte e prevenendo abusi. Al contrario, il divieto o il silenzio legislativo possono favorire situazioni di maggiore illegalità e vulnerabilità. Pertanto, è fondamentale che il legislatore adotti

¹⁹⁴ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pagg. 74 - 76.

una soluzione che ponga in equilibrio la tutela della dignità umana con la necessità di regolamentare una pratica che continua ad essere diffusa nonostante le restrizioni.

4.2. I Paesi ampiamente permissivi

A differenza di quelli che la vietano in modo assoluto, altri Paesi consentono la surrogazione di maternità sia a fini altruistici che commerciali. In passato, Paesi come la Thailandia e l'India erano mete rinomate per coloro che volevano avere figli attraverso questa pratica, ma, con il passare del tempo e con l'aumento di preoccupazioni per il benessere delle madri surrogate e dei bambini nati da queste pratiche, i governi dei Paesi in questione hanno deciso di introdurre leggi più rigorose per impedire la diffusione del turismo procreativo. La chiusura delle frontiere mirava a prevenire lo sfruttamento dei cittadini locali e a promuovere pratiche più etiche e sicure nel campo della surrogazione di maternità. Quindi negli ultimi anni sono state adottate misure legislative per garantire la protezione delle madri surrogate e dei bambini coinvolti, prevenendo abusi e violazioni dei diritti umani nei Paesi che erano precedentemente visitati principalmente per praticare la maternità surrogata. Tuttavia, al giorno d'oggi, continua comunque ad esserci un largo consenso verso questa pratica, anche quando è di tipo commerciale e accessibile agli stranieri. Questo è particolarmente vero soprattutto negli Stati Uniti e in alcuni paesi dell'Europa orientale, dove la surrogazione commerciale è consentita, sebbene con alcune restrizioni sull'accesso e sul coinvolgimento genetico dei genitori.

Negli Stati Uniti si distinguono gli Stati *surrogacy friendly*, che favoriscono i contratti di surrogazione e riconoscono gli accordi pre-nascita come vincolanti e attuabili, da quelli *surrogacy unfriendly*, che vietano o non riconoscono gli accordi di surrogazione.¹⁹⁵ Gli Stati che regolamentano e accettano questa pratica lo fanno attraverso leggi specifiche, mentre in altri la questione è risolta principalmente attraverso la giurisprudenza. Ci sono, infatti, molti Stati in cui non esistono regole specifiche riguardo alla surrogazione e la filiazione è stabilita in base alle leggi preesistenti sulla paternità, sulla maternità, sulla revoca dei diritti genitoriali e sull'adozione. Tuttavia esiste un modello di legge uniforme a tutti gli USA approvato

¹⁹⁵ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 67.

nel 1988, che riguarda lo *status* dei nati con fecondazione assistita e indica una direzione verso una regolamentazione controllata degli accordi di gestazione per altri, fornendo una sorta di guida a livello nazionale. In generale, la situazione negli Stati Uniti riflette la complessità della questione della surrogazione, con variazioni significative tra gli Stati riguardo alla loro approvazione o alla loro disapprovazione della pratica e alla relativa regolamentazione. Questa diversità crea spesso confusione e complessità per le persone coinvolte nella surrogazione, sia come genitori intenzionali che come surrogate.

In Ucraina e in Russia, invece, la surrogazione gestazionale commerciale è consentita e ha originato molti casi giudiziari recenti in altri Paesi. Entrambi gli ordinamenti si basano su una combinazione di fattori, tra cui l'influenza del modello liberale americano e l'interesse economico-politico nel promuovere la crescita economica attraverso il turismo procreativo. In entrambi i Paesi, la legalità della surrogazione commerciale si basa sull'assenza di leggi che vietino o limitino il pagamento alla madre surrogata. Tuttavia, ci sono differenze sostanziali nell'approccio e nelle regolamentazioni tra i due sistemi legali: in Ucraina, la procreazione assistita è riservata alle coppie sposate e viene utilizzata come rimedio per l'infertilità causata da patologie; in Russia, invece, l'accesso è esteso anche alle coppie conviventi e alle donne single come alternativa al concepimento naturale, sebbene vi siano alcune incertezze riguardo alla costituzionalità dell'esclusione degli uomini single.¹⁹⁶ Sempre in Russia, la madre surrogata deve essere una donna tra i 20 e i 35 anni, essere già madre di un figlio sano, essere in buona salute e ottenere il consenso del marito se sposata. In Ucraina, oltre a requisiti simili, i genitori intenzionali devono anche dimostrare che almeno metà del patrimonio genetico del bambino proviene dalla coppia stessa.¹⁹⁷

Nonostante continuino ad esserci importanti sistemi legali che permettono questa pratica, alcune voci accademiche hanno sollevato dubbi sulla sua compatibilità con il divieto di commercio di minori sancito dalla Convenzione di New York. Il problema sembra essere collegato all'idea che la maternità surrogata a scopo commerciale rientri

¹⁹⁶ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pagg. 68 - 72.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

nella vendita di bambini come qualsiasi atto che comporti il trasferimento di un bambino a un'altra persona o un gruppo di persone in cambio di un compenso o altri vantaggi.¹⁹⁸ Tuttavia per difendere la maternità surrogata a scopo commerciale, se ne sottolinea la differenza con la vendita di minori, focalizzandosi sulla natura del contratto tra le persone coinvolte come una fornitura di un servizio piuttosto che come un acquisto di un bene e suggerendo che si potrebbe anche stabilire un limite massimo per il compenso della surrogata da pagare indipendentemente dall'esito della gravidanza stessa. In conclusione, ci sono Paesi dove la maternità surrogata è permessa senza molte regolamentazioni, portando a situazioni problematiche specialmente in contesti di povertà e disoccupazione, dove le donne possono essere costrette a partecipare a programmi di gestazione per altri per motivi economici e altri Paesi, come alcuni di quelli statunitensi, in cui la gestazione per altri può anche essere retribuita, ma con rigorosi controlli per garantire che le donne coinvolte abbiano fatto una scelta consapevole e non dettata da bisogni finanziari, proteggendo i soggetti coinvolti e valorizzando la libertà e la consapevolezza di tutti.

4.3. I Paesi che ammettono solo la maternità surrogata altruistica

Tra le due estremità della regolamentazione della gestazione per altri, ossia quella restrittiva e quella ampiamente permissiva, si colloca una terza categoria di Paesi, che regolano e consentono soltanto la maternità surrogata in forma altruistica. In questo contesto, è importante notare che ci sono diverse modalità attraverso le quali i Paesi ne affrontano la regolamentazione. Alcuni Paesi, come il Canada, hanno leggi federali che regolano la pratica su tutto il territorio nazionale; altri, come l'Australia, delegano la regolamentazione ai singoli Stati o territori, che quindi hanno una propria legislazione in materia, che può variare in termini di requisiti e procedure; in altri ancora come Regno Unito, Grecia e Portogallo esistono leggi specifiche sulla surrogazione di maternità altruistica.¹⁹⁹ Oltre a questa differenziazione tra Paesi, bisogna fare un'ulteriore distinzione a seconda della regolamentazione delle modalità

¹⁹⁸ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 105.

¹⁹⁹ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pagg. 72 - 74.

con cui i genitori intenzionali ottengono lo *status* genitoriale nei confronti del nato. Infatti, in alcuni ordinamenti questo *status* viene automaticamente attribuito ai genitori intenzionali al momento della nascita, purché l'accordo abbia ricevuto precedentemente l'approvazione da parte di un'autorità giudiziaria o amministrativa competente e che siano seguite determinate procedure amministrative preventive. Invece, in altri ordinamenti lo *status* genitoriale viene costituito solo successivamente alla nascita del bambino, tramite un provvedimento giudiziale noto come *parental order*, che trasferisce lo *status* dalla madre surrogata ai genitori intenzionali. L'approvazione successiva alla nascita del bambino è più protettiva nei confronti della gestante in quanto non minaccia il suo diritto a prendere decisioni autonome a proposito della gravidanza, ma può portare ad ambiguità e conflitti se non si gestisce correttamente il trasferimento della filiazione o se la gestante si rifiuta di effettuarlo. Invece il sistema della pre-attivazione cerca di anticipare i problemi richiedendo l'approvazione dell'accordo prima del concepimento e anche se non può evitare completamente le controversie future, le riduce e le rende più gestibili. Queste procedure hanno lo scopo di garantire la solidarietà della pratica della gestazione per altri, perché le autorità - sia intervenendo prima dell'effettiva realizzazione della pratica per autorizzarne l'esecuzione, sia intervenendo successivamente per riconoscere gli effetti legali dell'accordo - devono verificare il rispetto dei requisiti previsti dalla legge tra cui vi è anche il divieto di effettuare pagamenti alla gestante che superino, per esempio, il costo delle spese affrontate e delle perdite subite.

In Canada, la legge sulla riproduzione assistita fornisce un quadro giuridico per la gestazione per altri in tutto il Paese, nonostante alcune sezioni della legge non si applichino in specifiche province ove il Ministro Federale della Salute e il governo provinciale concordano che la legislazione provinciale sia equivalente. La legge canadese con l'*Assisted Human Reproduction Act* del 2004 ammette la maternità surrogata solidaristica anche alle coppie dello stesso sesso e vieta esplicitamente il pagamento alla gestante o agli intermediari, nonché la pubblicazione di annunci per ottenere servizi retribuiti da parte di una gestante e vieta ai membri della professione medica di assistere una donna minorenni di 21 anni a diventare una gestante. Pur essendo di tipo federale la legge che regola generalmente questa pratica, ogni provincia

ha poi il proprio metodo per determinare la filiazione scaturente dalla pratica stessa, anche se la maggior parte non ha una soluzione legale esplicita.²⁰⁰

In Australia, invece, la regolamentazione della materia è promossa in modo diverso nei diversi Stati, ma l'obiettivo è sempre quello di evitare lo sfruttamento degli adulti vulnerabili e la commercializzazione della riproduzione, nonché proteggere il miglior interesse dei bambini e proprio per questi motivi gli Stati che hanno regolamentato la gestazione per altri, l'hanno vietata quando è a scopo commerciale. La legge stabilisce determinati criteri che devono essere soddisfatti, come ad esempio che la gestante non debba fornire il proprio materiale genetico né debba ricevere pagamenti o benefici finanziari. Inoltre, alcune leggi australiane contemplano un'assegnazione di parentela basata sul consenso e quindi un trasferimento della parentela legale dai genitori surrogati ai committenti in base ad una richiesta di ordinanza giudiziaria da parte dei committenti, altri invece prevedono un sistema di approvazione preventiva.²⁰¹

Passando ad analizzare la disciplina del Regno Unito, si rileva che con il *Surrogacy Agreement Act* dal 1985 è stata proibita la pratica commerciale della maternità surrogata, ma è stata ammessa quella gratuita se giustificata da motivi medici e se non implica la stipula di un contratto, prevedendo però il pagamento della gestante per le spese ragionevoli che ha dovuto sopportare.²⁰² Il *Surrogacy Act* è compreso nel Rapporto *Warnock*, che disciplina anche le altre tipologie di fecondazione artificiale, mirando a superare le sfide che la coppia può incontrare nel percorso del concepimento naturale e giustificando quindi la validità dell'accordo di surrogazione di maternità nel momento in cui lo si considera come un atto altruistico compiuto da una donna a favore di un'altra. Nel sistema legale inglese, gli accordi di gestazione per altri non sono vincolanti né esecutivi, ciò significa che la madre surrogata non ha l'obbligo contrattuale di rinunciare al bambino essendo la maternità riconosciuta in favore della donna che partorisce anche quando non fornisce il materiale genetico. I genitori

²⁰⁰ LAMM E., *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcellona, 2013, pagg. 149.

²⁰¹ LAMM E., *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcellona, 2013, pagg. 143.

²⁰² LAMM E., *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcellona, 2013, pagg. 131.

intenzionali possono richiedere lo *status* genitoriale solo dopo minimo sei settimane dalla nascita attraverso un *parental order*, ma non possono richiedere coercitivamente l'affidamento del minore in caso di rifiuto da parte della gestante né possono chiedere il rimborso delle spese sostenute per la gestante in base all'accordo. Per richiedere il *parental order*, la cui richiesta deve essere presentata entro sei mesi dalla nascita e non devono essere stati effettuati pagamenti alla gestante oltre al rimborso delle spese sostenute, devono anche essere soddisfatte altre condizioni, tra cui il superiore interesse del minore, la maggiore età dei genitori intenzionali, il fatto che il bambino conviva già con loro, il loro domicilio nel Regno Unito, il legame genetico di almeno uno dei due genitori con il nato, lo spontaneo e consapevole consenso della madre surrogata. Mentre prima potevano accedere a questa tecnica soltanto coppie eterosessuali, oggi in Inghilterra vi possono accedere coppie omosessuali e, dal gennaio 2019, anche singoli. Nel caso in cui i genitori intenzionali non soddisfino i requisiti richiesti, possono comunque chiedere l'emissione di un *adoption order* che ha effetti simili rispetto al *parental order*, nonostante il processo di adozione sia molto più gravoso, lungo e soprattutto più complicato quando il bambino è nato da un accordo di gestazione per altri, specialmente se siano stati scambiati dei soldi tra i soggetti coinvolti. Infine nel Regno Unito, la *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA) ha il compito di regolare e sorvegliare le pratiche di fecondazione assistita e di embriologia umana e, sebbene sia composto principalmente da membri non medici o scientifici, ha un ruolo significativo nella definizione delle linee guida operative per le questioni legate alla genitorialità e alla filiazione artificiali.²⁰³ Oltre al suo ruolo di controllo e interpretazione delle norme di diritto, l'HFEA è responsabile dell'autorizzazione e della supervisione dei centri specialistici, nonché del potere di imporre sanzioni e di sospendere o revocare le autorizzazioni operative. La sua importanza è cresciuta nel tempo, soprattutto se si considera la poca celerità con cui la produzione legislativa e giurisprudenziale ha risposto a delle problematiche presentate.

Anche la Grecia è caratterizzata da un quadro normativo completo sulla maternità surrogata di tipo altruistico, in cui si ammette la maternità surrogata gestazionale e si

²⁰³ FIORE R., *La gestazione per altri*, (a cura di) MARTORANA M., *Maternità surrogata*, Milano, 2023, pag. 48.

esclude quella tradizionale in cui la madre surrogata fornisce anche gameti, si limita l'accesso alle sole coppie eterosessuali sposate o conviventi e alle donne non sposate, escludendo le coppie dello stesso sesso e i maschi single, si prevede che per accedere sia richiesta una causa medica che impedisca alla madre intenzionale di concepire naturalmente o altri gravi motivi come la trasmissione di gravi patologie al feto. I contratti di gestazione per altri devono ricevere un'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria prima che venga trasferito un ovulo fertilizzato in un'altra donna, questa autorizzazione viene concessa previo accordo scritto e senza compensi finanziari tra le parti coinvolte.²⁰⁴ Una volta ottenuta l'autorizzazione, il trasferimento dell'embrione nell'utero della madre surrogata può avvenire e l'accordo diventa esecutivo, quindi i genitori intenzionali non possono ritirare il loro consenso e diventano responsabili del bambino dalla sua nascita. La madre surrogata ha diritto soltanto ad un rimborso delle spese ragionevoli, che includono costi medici, ospedalieri, di perdita del reddito e altri. Tuttavia, vi sono preoccupazioni riguardo alla reale natura altruistica di alcune pratiche di surrogazione, con sospetti che alcune possano essere in violazione della legge commerciali.

Per quanto riguarda invece il Portogallo, è solo dal 2016 che è stata introdotta la possibilità di accedere alla maternità surrogata per affrontare problemi di infertilità o impossibilità a portare a termine una gravidanza, modifica che ha consentito a coppie eterosessuali, coppie omosessuali femminili e donne single di ricorrere a questa pratica quando la madre intenzionale non può portare avanti la gravidanza per motivi medici o clinici. La normativa prevede che l'accordo con la gestante debba essere gratuito, ma è consentito il rimborso delle spese sostenute per monitorare la salute della gestante durante la gravidanza. Inoltre è previsto che almeno uno dei due genitori intenzionali fornisca il materiale genetico e che la madre surrogata non sia anche la madre biologica. Le parti coinvolte per ottenere l'autorizzazione devono presentare un accordo scritto che includa valutazioni positive da parte di uno psichiatra o psicologo e del direttore di un centro di inseminazione artificiale da far approvare al Consiglio Nazionale per la procreazione medicalmente assistita. Quindi, derogando alla regola generale che attribuisce la maternità basandosi sul parto, una volta nato il bambino

²⁰⁴ LAMM E., *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcellona, 2013, pagg. 151.

sarebbe stato considerato figlio dei genitori intenzionali. Ma non affermando nulla riguardo alla possibilità della gestante di cambiare idea dopo il parto, si è dovuto aspettare il 2021 per una normativa ancor più dettagliata.

Infine ci sono Paesi, come l'Olanda e il Brasile, in cui la regolamentazione non è definita da una legge primaria, ma da regolamenti governativi che si basano sulle linee guida dei medici e sulle direttive dei Consigli Nazionali di Sanità, quindi una regolazione tecnica.²⁰⁵ In Olanda, i regolamenti governativi riguardanti la procreazione medicalmente assistita permettono la surrogazione solidale solo in circostanze rigorose e seguendo le linee guida dell'associazione olandese di ostetricia e ginecologia, che consentono la surrogazione gestazionale alle coppie con problemi di fertilità e successivamente vi hanno incluso anche le coppie omosessuali maschili.²⁰⁶

In Brasile, la maternità surrogata altruistica è regolata dal *Conselho Federal de Medicina*, che ne stabilisce le condizioni di utilizzo, permettendo alle coppie eterosessuali con problemi di fertilità, alle coppie omosessuali e ai singoli di ricorrervi con alcune restrizioni, come ad esempio il vincolo familiare entro il quarto grado con i genitori intenzionali, un'età massima della gestante di 50 anni e la donazione dell'ovulo da parte della madre intenzionale. Nonostante le norme tecniche regolino la pratica, l'assenza di leggi primarie in entrambi questi Paesi solleva questioni giuridiche complesse, specialmente riguardo alla costituzione dello *status* genitoriale, perché senza disposizioni legislative chiare i Tribunali devono decidere se l'interesse superiore del bambino giustifichi un'eccezione al principio del parto stabilito generalmente dalla legge.²⁰⁷

In conclusione, mentre alcuni Paesi adottano leggi federali o statali specifiche per regolare dettagliatamente ogni aspetto della maternità surrogata di tipo altruistico, altri si affidano a regolamenti tecnici o linee guida mediche. Nonostante le differenze nelle

²⁰⁵ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pagg. 72 - 74.

²⁰⁶ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 77.

²⁰⁷ GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 78.

modalità di regolamentazione, l'obiettivo comune rimane quello di proteggere tutti i soggetti coinvolti, evitando lo sfruttamento, garantendo il benessere del bambino e rispettando i diritti delle gestanti. Tuttavia continuano, spesso, ad esserci ancora sfide legali ed etiche da affrontare, come la determinazione dello *status* genitoriale e la gestione delle controversie. Il continuo sviluppo normativo in questo campo richiede un equilibrio delicato tra la protezione dei diritti individuali e la promozione del benessere familiare, con l'obiettivo ultimo di garantire una pratica etica e solidale della gestazione per altri.

5. Un nuovo paradigma nella maternità surrogata

Alla luce della panoramica sovranazionale tratteggiata, emerge chiaramente la vasta gamma di approcci normativi adottati dai diversi Paesi riguardo alla gestazione per altri, che riflettono la complessità e la delicatezza dell'argomento. Alcuni riducono la surrogazione di maternità a un semplice accordo contrattuale in cui la libertà di negoziare è più importante della dignità umana, altri si concentrano solo sulla solidarietà della pratica, rischiando di ignorare le reali esperienze coinvolte e i conflitti che possono sorgere. Bisogna, però considerare un ulteriore possibile approccio volto a bilanciare libertà, solidarietà e cura riconoscendo la posizione di tutti i soggetti coinvolti.²⁰⁸ Quest'ultima visione affonda le sue radici in una concezione di dignità come esperienza concreta di libertà e non solo come un concetto astratto, tenendo quindi conto delle relazioni e delle esperienze individuali.

Nonostante la principale differenziazione che solitamente si propone in relazione alla pratica della gestazione per altri riguarda la sua altruità o meno, alcuni studiosi evidenziano la necessità di valutare caso per caso le specifiche situazioni di surrogazione di maternità proponendo diversi criteri per selezionare quale tipologia sia effettivamente accettabile senza considerare strettamente decisiva l'assenza di un compenso: si ritiene, infatti, che tale assenza non garantisca automaticamente l'autodeterminazione e la dignità della donna coinvolta, soprattutto se si prendono in

²⁰⁸ SCHILLACI A., *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in CAIELLI M., PEZZINI B., SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pagg. 185 - 195.

considerazione le ipotesi di rimborso spese o compensazioni che possono avere diversi significati a seconda del contesto culturale e sociale di riferimento.²⁰⁹

Quest'ultima prospettiva, quindi, volta a distinguere le varie tipologie di maternità surrogata in base al rapporto tra la madre surrogata e il bambino, prende in considerazione un legame che riflette la complessità della tecnica, la cui importanza è comprensibile se solo si considera che la maggior parte dei Paesi che consentono la pratica garantisce la possibilità di un ripensamento da parte della madre surrogata e il diritto del bambino di conoscere le proprie origini. Pur considerando importante riconoscere che la partecipazione di una donna a qualsiasi processo generativo è preziosa, non la si dovrebbe vedere, secondo questa dottrina, come un destino inevitabile, cercando piuttosto di capire meglio la pratica tenendo conto delle esperienze e delle dinamiche di libertà, relazione e cura che coinvolge. Questo approccio porta a una comprensione più ampia della dignità e della libertà femminile, che non sono legate a concetti astratti ma sono vissute attraverso il corpo e le relazioni, per cui è importante cercare un equilibrio tra la protezione della libertà e la tutela delle vulnerabilità coinvolte nella surrogazione di maternità. In questo nuovo paradigma, potrebbe essere importante includere un consenso libero e informato da parte della donna che decide di diventare una madre surrogata e che dovrebbe farlo liberamente appunto, quindi senza coercizione e con piena comprensione delle implicazioni fisiche, emotive e relazionali coinvolte. La decisione di diventare una madre surrogata dovrebbe essere rispettata come un'espressione della libertà individuale della donna da esercitare però in relazione alle concrete condizioni di vita e alle sue relazioni personali. Potrebbe essere inoltre necessario stabilire chiaramente i limiti e i controlli legali volti a proteggere la dignità e i diritti di tutti i soggetti coinvolti, la donna surrogata, i genitori intenzionali e il bambino: d'altronde il corpo femminile e le relazioni che si sviluppano attraverso la maternità surrogata devono essere riconosciuti come centrali e valorizzati, senza però ridurre niente e nessuno a meri strumenti o a semplici oggetti di scambio, ma trovando un equilibrio tra l'autonomia individuale e la responsabilità verso gli altri soggetti coinvolti, garantendo che le decisioni prese considerino il benessere di tutti. In sintesi, questo nuovo paradigma della maternità surrogata dovrebbe essere guidato dal rispetto della dignità umana in tutte le sue

²⁰⁹ Ibidem.

sfaccettature, bilanciando la libertà individuale con la responsabilità verso gli altri e valorizzando il corpo e le relazioni umane nel contesto di una prospettiva relazionale rispettosa dei valori etici.

Tuttavia, implementare un sistema che bilanci libertà individuale, solidarietà e cura potrebbe essere estremamente complesso. La definizione di linee guida chiare e l'attuazione di meccanismi di controllo adeguati potrebbero essere difficili da realizzare. Poi nonostante si ponga l'accento sul consenso libero e informato delle donne surrogate, esiste sempre il rischio che le persone vulnerabili possano essere soggette a coercizione o pressioni economiche per diventare madri surrogate, soprattutto quando si accetta la loro retribuzione. Infine la promozione di un approccio centrato sulle relazioni potrebbe portare a situazioni ambigue, specialmente quando si tratta di definire il ruolo e i diritti dei diversi attori coinvolti, come i genitori intenzionali, le gestanti e i bambini nati da surrogazione. Anche se si cerca di affrontare le questioni etiche in modo completo, potrebbero emergere nuove sfide etiche nel corso della pratica, che richiedono un costante riesame e adattamento delle politiche e delle regolamentazioni.

5.1. Una proposta di revisione per una più chiara definizione del perimetro di tipicità del reato di surrogazione di maternità

Se, invece, si decidesse di continuare a considerare la maternità surrogata come un reato, un'opzione maggiormente praticabile potrebbe consistere nella revisione della definizione del reato stesso, o meglio in una sua completa definizione volta ad identificare i confini per assicurare una certezza giuridica maggiore. Una nuova delineazione del reato consentirebbe anche una sua più efficace applicazione e quindi una lotta più incisiva contro tale fenomeno, che sembra essere diventato una priorità nell'agenda politica attuale. Una strada maggiormente percorribile sembrerebbe essere quella delineata da una parte della dottrina che insiste sulla necessità di dare una definizione normativa della maternità surrogata che tenga conto di tre fasi fondamentali: l'accordo tra il committente e la madre surrogata, l'impianto degli embrioni e la conclusione positiva della gravidanza con la consegna del neonato alla

madre sociale.²¹⁰ Questo eliminerebbe il problema della variazione nel momento di consumazione del reato in base alla normativa del Paese in cui è avvenuta la pratica. La chiara definizione delle fasi coinvolte nella maternità surrogata potrebbe quindi fornire una maggiore chiarezza e coerenza nella legislazione, eliminando le ambiguità legate alla variazione nella definizione del momento di consumazione del reato.

Inoltre, si potrebbe valutare l'eliminazione della pena detentiva per tutte le situazioni inquadrabili nel reato di surrogazione di maternità, in quanto la reclusione risulta essere eccessiva rispetto alla gravità della condotta e raramente viene effettivamente scontata, considerando anche l'uso frequente di istituti premiali come la sospensione condizionale della pena. Sebbene d'altro canto, la proposta di eliminare la pena detentiva potrebbe sollevare preoccupazioni riguardo alla deterrenza effettiva delle condotte illegali legate alla maternità surrogata. Mentre è importante che le sanzioni siano proporzionate alla gravità del reato, l'assenza di una pena detentiva potrebbe essere interpretata come un segnale di tolleranza nei confronti di tali pratiche, aumentando il rischio di abusi e sfruttamento.

Per rendere più efficace il trattamento sanzionatorio della maternità surrogata, questo nuovo approccio ritiene possibile una ristrutturazione della fattispecie, differenziando le sanzioni in base al soggetto coinvolto e alla sua condotta. Per quanto riguarda i medici che praticano la surrogazione, potrebbe essere prevista una sanzione pecuniaria ridotta, considerando che le polizze professionali obbligatorie spesso non coprono le multe. Inoltre, una sospensione temporanea dall'esercizio della professione potrebbe avere un impatto deterrente maggiore, specialmente se si considera l'eventuale interdizione perpetua in caso di recidiva. Per quanto riguarda i centri medici, l'attuale regime sanzionatorio sembra essere adeguato, ma potrebbe essere valutata l'introduzione del reato di maternità surrogata nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti così come contenuto nel d.lgs. 231/2001, con conseguenti sanzioni quali l'interdizione dall'esercizio dell'attività d'impresa e la sospensione o revoca dell'autorizzazione regionale.²¹¹ Per le coppie committenti, una multa

²¹⁰ DI NINO A., *Verso un diritto penale onnipresente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *Sistema penale*, 2024, pag. 100.

²¹¹ DI NINO A., *Verso un diritto penale onnipresente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *Sistema penale*, 2024, pagg. 100 - 102.

proporzionata alle spese sostenute per la pratica di maternità surrogata potrebbe essere una sanzione adeguata. Infine, per le madri surrogate, si potrebbe prevedere una sanzione pecuniaria equivalente al compenso ricevuto, se previsto, mentre se non c'è alcun compenso, potrebbero essere esenti da responsabilità penale. Questo distinguo assicurerebbe una maggiore attenzione al bene giuridico tutelato, mantenendo un equilibrio nelle sanzioni comminate. La differenziazione delle sanzioni in base al soggetto coinvolto e alla sua condotta potrebbe essere un passo nella giusta direzione per garantire un trattamento sanzionatorio più equo ed efficace. Tuttavia, è importante assicurarsi che tali sanzioni siano applicate in modo coerente e giusto, evitando discriminazioni o disparità nel trattamento delle diverse parti coinvolte.

Sotto il profilo delle diverse condotte coinvolte nella maternità surrogata, potrebbe essere opportuno considerare una graduazione delle sanzioni in base al livello di offesa causato.²¹² Inizialmente, potrebbe essere eliminata dalla fattispecie la condotta di pubblicizzazione della maternità surrogata, in quanto potrebbe essere già perseguibile penalmente attraverso altre disposizioni di legge, come l'istigazione a delinquere. Un adeguato contrasto a questa condotta potrebbe essere realizzato attraverso il sequestro e la confisca del materiale pubblicitario utilizzato dal centro medico per promuovere questa pratica illecita e nel caso in cui una coppia, dopo aver ricorso alla surrogazione di maternità, consigli pubblicamente la propria esperienza ad altri, si potrebbe configurare al massimo l'apologia di reato. Sarebbe poi giustificato un intervento legislativo chiarificatore della punibilità della coppia che fa ricorso alla maternità surrogata e della sanzione applicabile. Attualmente, l'organizzazione e la realizzazione della maternità surrogata sono trattate allo stesso modo sul piano sanzionatorio, anche se esprimono un disvalore diverso. Sarebbe quindi più compatibile con il principio di offensività differenziare le pene per queste due condotte distinte, prevedendo una sanzione pecuniaria più bassa per l'organizzazione rispetto alla realizzazione della pratica medica vietata. Tuttavia, è essenziale garantire che tali distinzioni siano chiare e ben definite nella legislazione, per evitare confusione e ambiguità nell'applicazione della legge. Per esempio, se si definisse effettivamente la portata della condotta come comprensiva dell'esecuzione della tecnica medica di impianto, ma anche del previo

²¹² DI NINO A., *Verso un diritto penale onnipotente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *Sistema penale*, 2024, pagg. 102 - 105.

accordo tra committenti e madre surrogata e della conclusione positiva della gravidanza con la consegna del neonato, allora la condotta organizzativa potrebbe essere meglio specificata, individuando il soggetto attivo responsabile solo nel centro di fecondazione, in quanto ha mezzi e risorse per mettere in pericolo il bene giuridico tutelato, rispettando così il principio di offensività.²¹³ In definitiva comunque, qualsiasi revisione legislativa dovrebbe garantire il rispetto dei principi fondamentali di giustizia, equità e tutela dei diritti umani.

²¹³ *Ibidem*.

CONCLUSIONI

Dopo aver condotto un'attenta analisi sulle implicazioni giuridiche e sociali del fenomeno della maternità surrogata, è possibile individuare, all'interno del quadro articolato che ne è emerso, diversi profili di riflessione.

Merita particolare attenzione la scelta dell'attuale legislatura di promuovere una più ampia criminalizzazione di tutte le forme di gestazione per altri, attraverso alcune proposte di legge volte ad estendere l'applicabilità della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero, per evitare il cosiddetto "turismo procreativo". Si tratta, in altre parole, della proposta di configurare come "reato universale" un fatto che, tuttavia, non risulta essere universalmente reato, creando quindi evidenti problematiche.

A ben vedere, in Italia, le attuali norme, già consentirebbero di punire la surrogazione di maternità commessa all'estero da cittadini italiani, in base all'articolo 9, comma 2 del codice penale, che stabilisce che i delitti comuni commessi da cittadini italiani all'estero, punibili con pena inferiore ai tre anni di reclusione, come la surrogazione di maternità (punita con un massimo di due anni), sono perseguibili su richiesta del Ministro della Giustizia. Questa interpretazione ha trovato conferma in alcune pronunce della Corte di Cassazione, sostenendo appunto che la surrogazione di maternità commessa all'estero da cittadini italiani è già punibile secondo la legge italiana, purché vi sia una richiesta del Ministro della Giustizia. Invero, secondo la dottrina maggioritaria e una parte della giurisprudenza, l'art. 9 c.p. consentirebbe di punire un reato commesso all'estero solo se previsto come reato sia in Italia sia nello Stato estero, in base al principio della doppia incriminazione. Pertanto, se la doppia incriminazione fosse un requisito indispensabile, allora la surrogazione di maternità non sarebbe punibile se legale nello Stato estero ove è compiuta. Le nuove proposte di legge vogliono derogare a questo principio e rendere la surrogazione di maternità punibile incondizionatamente, quindi a prescindere dalla richiesta del Ministro e dal requisito della doppia incriminazione, invocando, in altri termini, l'applicabilità dell'art. 7, n. 5 c.p., che prevede la punibilità di reati gravi commessi all'estero contro lo Stato o interessi pubblici. Eliminando la richiesta del Ministro e il requisito della doppia incriminazione, si rischia di affermare una punibilità solo teorica, poiché senza cooperazione giudiziaria dello Stato estero dove l'azione potrebbe essere legale,

risulterebbe difficile l'effettiva perseguibilità di tale reato. Rendere universale il reato di surrogazione di maternità e punirlo senza condizioni sembra irragionevole dato che la pena prevista è relativamente lieve e sicuramente non comparabile con reati universalmente riconosciuti gravi come i crimini internazionali quale il terrorismo per esempio.

In ottica comparativa, i diversi approcci adottati da altri ordinamenti giuridici potrebbero aprire degli spiragli di riflessione in merito, quanto meno, ad una differenziazione nell'ambito della pratica di maternità surrogata tra la tipologia commerciale e quella altruistica, che potrebbe trovare un ancoraggio nel principio solidaristico, escludendo una lettura in termini di mero sfruttamento dei soggetti coinvolti. Valorizzando quindi un approccio più aperto e permissivo, la maternità surrogata potrebbe essere considerata un'espressione della libertà di autodeterminazione della donna, consentendole di fare scelte riguardo alla sua vita riproduttiva e al proprio corpo ed offrendo un'opportunità preziosa, per coloro che non possono concepire naturalmente, di realizzare il desiderio di avere figli, contribuendo così al consolidamento di un nucleo familiare auspicato.

Invero, sul punto anche la posizione del movimento femminista varia ampiamente, rappresentando una sfida significativa: se da un lato vi è chi condanna fermamente la maternità surrogata come pratica discriminatoria, dall'altro vi è chi sostiene la stessa come un'espressione di libertà e autonomia femminile.

Tuttavia, indipendentemente dalla posizione adottata, ciò che emerge chiaramente è la necessità di definire in modo più puntuale ed esaustivo la maternità surrogata nell'ordinamento italiano, al fine di garantire il rispetto dei principi fondamentali di dignità umana, autodeterminazione e tutela dei diritti dei soggetti coinvolti in questa pratica. Solo attraverso un approccio equilibrato e attento alle diverse sfaccettature della questione sarà possibile elaborare politiche e normative efficaci che rispondano alle esigenze e alle preoccupazioni di tutte le parti coinvolte, tra cui prioritario sembra il rispetto del superiore interesse del minore nato da questa pratica. Poiché il bambino è il diretto interessato e la parte più vulnerabile in tutto il processo, è essenziale garantire, anche nella ipotesi in cui si decida di applicare alla pratica la disciplina del reato universale, la tutela dei suoi diritti e il suo benessere in modo adeguato e completo. Nel contesto della maternità surrogata, il concetto di "superiore interesse del

minore” implica la necessità di assicurare che il bambino cresca in un ambiente familiare stabile e amorevole, in cui i suoi diritti, le sue esigenze emotive, fisiche e psicologiche siano adeguatamente soddisfatte. Ciò significa che, indipendentemente dalla decisione presa riguardo alla regolamentazione della maternità surrogata, devono essere adottate misure concrete per garantire che il benessere del bambino sia sempre la massima priorità. In particolare, è essenziale stabilire meccanismi efficaci per garantire il riconoscimento legale e l’accesso ai diritti del bambino nato da maternità surrogata, compreso il diritto di conoscere le proprie origini biologiche e il diritto ad un’identità e ad una cittadinanza. Inoltre, è cruciale promuovere una cultura di accoglienza e rispetto per la diversità familiare, che includa anche le famiglie formate attraverso la maternità surrogata, evitando appunto ogni forma di discriminazione nei confronti dei bambini nati in questo modo.

È fondamentale sottolineare che il rispetto del superiore interesse del minore assume infatti un’importanza ancora maggiore nel contesto del turismo procreativo, in cui le pratiche di maternità surrogata possono coinvolgere aspetti transnazionali e complessità legali aggiuntive. Nel caso in cui non si trovi una soluzione efficace e condivisa per regolamentare questa pratica a livello internazionale, il benessere e i diritti del bambino potrebbero essere particolarmente a rischio. Per affrontare queste sfide, è essenziale che gli Stati collaborino attivamente per sviluppare normative e accordi internazionali che garantiscano la protezione e il benessere dei bambini coinvolti nel turismo procreativo. Questo potrebbe includere l’adozione di standard minimi comuni per la pratica della maternità surrogata, il riconoscimento reciproco delle decisioni giuridiche e la promozione di canali di cooperazione e scambio di informazioni tra Paesi. Inoltre, è cruciale promuovere una maggiore consapevolezza e sensibilizzazione sui rischi e le implicazioni del turismo procreativo, sia tra i potenziali genitori che tra i professionisti della salute e gli operatori legali. Solo attraverso un impegno collettivo e coordinato sarà possibile garantire che il superiore interesse del minore sia sempre al centro delle decisioni e delle politiche riguardanti la maternità surrogata, riducendo al minimo i rischi di sfruttamento e discriminazione. Questa soluzione non implica necessariamente che tutti i Paesi debbano accettare la maternità surrogata e non considerarla come reato. Piuttosto, si tratta di riconoscere la realtà di queste pratiche e di lavorare per mitigare i rischi associati ad esse, indipendentemente

dalla posizione legale specifica di ciascun Paese riguardo alla maternità surrogata. Alcuni Paesi potrebbero continuare a vietare la maternità surrogata, mentre altri potrebbero consentirla sotto strette regolamentazioni. L'importante è creare un quadro comune che protegga i bambini e riduca i rischi di sfruttamento, discriminazione e abuso, riconoscendo e affrontando la complessità delle situazioni transnazionali. In sintesi, l'impegno per la protezione del superiore interesse del minore nel contesto del turismo procreativo può coesistere con le diverse posizioni legali ed etiche riguardanti la maternità surrogata, attraverso una cooperazione internazionale che pone al centro il benessere dei bambini coinvolti.

È necessario che il legislatore intervenga con urgenza, garantendo un alto livello di certezza ed effettività nella protezione degli interessi dei minori coinvolti e non sembra che l'estensione dell'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 che include anche la punizione delle condotte commesse all'estero, sia la soluzione migliore con riferimento alla protezione dei minori, poiché in relazione a questi ultimi non promuove alcuna novità. Un tema così complesso richiede inoltre un approccio più ampio e articolato, non limitato alle sole sanzioni penali.

In definitiva è una responsabilità del Parlamento identificare le diverse esigenze che caratterizzano la società e, in certi casi, quelle prevalenti, al fine di adattare la legislazione vigente agli interessi e ai bisogni che emergono in un determinato periodo storico perché il cambiamento delle condizioni storiche e, di conseguenza, degli interessi predominanti, comporta inevitabilmente una trasformazione nel modo in cui viene percepito ciò che è bene o male, ciò che è conveniente o dannoso e ciò che è desiderabile o indesiderabile. Questo processo è fondamentale perché le leggi siano in sintonia con la realtà sociale del momento, garantendo che i diritti e i doveri siano equamente distribuiti e rispettati in base alle esigenze attuali della popolazione. Solo attraverso un'adeguata comprensione e risposta alle mutate condizioni storiche, le norme giuridiche possono continuare a svolgere efficacemente la loro funzione di regolamentazione e tutela della società.

In conclusione, il dibattito sulla maternità surrogata in Italia richiede un approccio multidimensionale che consideri aspetti legali, etici, sociali ed internazionali. Le proposte di legge, attualmente in esame in Senato, devono essere valutate attentamente per garantire che rispettino i diritti umani, la sovranità degli Stati e i principi

fondamentali del diritto penale. Solo attraverso un dialogo aperto e inclusivo si potrà raggiungere una normativa equilibrata e giusta, capace di rispondere alle sfide contemporanee e di tutelare i diritti di tutti i soggetti coinvolti.

BIBLIOGRAFIA

APOSTOLI A., *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in *Il Mulino*, fasc. 1, 2021, pag. 197-211.

BALDINI G., SOLDANO M., *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica*, Firenze, 2007, pagg. 3-18.

BALDINI V., *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2014, pagg. 1 - 9.

BARATTA R., *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Il Mulino – Rivisteweb, Diritti umani e diritto internazionale (ISSN 1971-7105)*, Fascicolo 2, 2016, pagg. 310-313.

BONOMO E., *La Corte penale internazionale*, in *Academia.edu*, 2015, pagg. 5-6.

CALDIRONI M., *Surrogazione di maternità e ordine pubblico: verso un cambio di rotta*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.2, 2022, pag 319.

CANTONE C., *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale e il “modello italiano” tra presente e futuro*, in *Il Mulino – Rivistaweb*, fasc. 3, 2022, pagg. 447- 464.

CARLOTTO I., *Maternità surrogata e identità frammentate: quale legame conta davvero?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.3, 2021, pagg. 2-10.

CECCHINI S., *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, 2019, pagg. 3-17.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, 2011, pag. 12.

CORDIANO A., *Nuovi modelli genitoriali e la tutela del nato da surrogacy. Riflessioni a margine delle Sezioni Unite della Suprema Corte*, in *Family Law Magazine*, vol. 2020, n. 1, pagg. 55-77.

CORDIANO A., *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, n.3, 2021, pagg. 13-17.

CUCINOTTA L., *La difficile ricerca dell'identità per i nati da maternità surrogata. Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 18 dicembre 2017 n. 272*, in *Diritto & Questioni Pubbliche: Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, 2018, pagg. 201-203.

D'ALOIA A., *Serve davvero il "reato universale" di maternità surrogata?*, in *Federalismi*, fasc. n. 25, 2023, pag. 7.

D'AMICO M., *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 4, 2023, pag. 13.

DI MASI M., *Maternità surrogata: dal contratto allo «status*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2014, pag. 616.

DI NINO A., *Verso un diritto penale onnipresente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *Sistema penale*, 2024, pagg. 94 - 118.

FERNANDEZ SANCHEZ S., *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, fascicolo 2, 2017, pagg. 244-248.

FIGLIO R., *La gestazione per altri*, (a cura di) MARTORANA M., *Maternità surrogata*, Milano, 2023, pagg. 13-63.

FLAMIGLI C., *Fecondazione artificiale e assistita*, in *Treccani Enciclopedia italiana – VI Appendice*, 2000.

FLORE S., *Verso una teoria del diritto alla procreazione. Analisi alla luce dei più recenti interventi della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2021, pagg. 41-46.

FRENI F., *La maternità solitaria e la libertà di coscienza nel procreare tra autodeterminazione della donna e revoca del consenso dell'uomo*, in *Il Mulino-Rivistaweb*, fasc. 3, 2023, pagg. 750-752.

FUSCALDO F., *Maternità surrogata, reato universale?*, in *Altalex*, 2023.

GALLO F., RE F., D'ANDREA R., CICATELLI A., ARDITO E., MICELI M., NEGRI L. M. R., STRINGA P., *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge "Meloni" e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in *Giurisprudenza Penale web*, fasc. 7, 2022, pagg. 9-28.

GATTA G.L., *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, fasc. 5, 2023, pagg. 4-7.

GIUNCHEDI D., *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, in *il Corriere giuridico*, n. 10, 2019, pag. 1221.

GRASSO A. G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pagg. 10-253.

GUERZONI C., MOTTERLE T., *Sul corpo delle surrogate. Analisi del discorso pubblico italiano sulla gestazione per altri*, in *gender/sexuality/italy*, “Themed section”, 2018.

GUIZZARDI L., *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, in *Quaderni di Teoria sociale*, n. 2, 2018, pag. 82.

LAMM E., *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcellona, 2013, pagg. 31-237.

LANCIOTTI A., *Le pene comminabili dalla corte penale internazionale*, in CARLIZZI G., DELLA MONTE G., LAURENTI S., MARCHESI A. (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Milano, 2003, pag. 406.

LOSAPPIO G., *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in *Sistema penale*, 2023, pag. 3.

MANNA A., *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come “reato universale”*, in *Sistema penale*, 2023.

MARIANI A., *Lockdown. Video-choc dall'Ucraina: i figli dell'utero in affitto parcheggiati in hotel*, in *Avvenire*, 2020.

NISTICO' M., *Gestazione per altri: l'improprio paragone con la donazione di organi*, in *Il Mulino - RivisteWeb*, fasc. n. 2, 2015, pag. 374.

PALIERO C. E., *Il sistema penale*, Torino, 2024, pagg. 164 - 174.

PARODI C., *La maternità surrogata come reato universale: comprendere prima di valutare*, in *Centro Studi Livatino*, 2023, pag. 9.

PARISI I., *Utero surrogato: normative a confronto*, in *Associazione Luca Coscioni files*, 2015.

PELISSERO M., *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, pag. 7.

PENASA S., *Tra legge e Corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale*, in CAIELLI M., PEZZINI B, SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pagg. 86-94.

PISTELLI F., *Lo status di figlio nato da maternità surrogata oltre la dicotomia fra dignità della donna e identità del bambino*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, pagg. 5-32.

POLI L., *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2015, pag. 12

PROSPERI L., *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2013, pagg. 12-29.

RAINEY B., MCCORMICK P, OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2021, pag. 382.

RAPISARDI R., *Maternità surrogata, come funziona nel mondo*, in *L'Espresso – La mappa*, 2023.

RONCHETTI L., *La dimensione costituzionale dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne*, in CAIELLI M., PEZZINI B, SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzioni e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pagg. 109-120.

SALONE B., *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, pagg. 43-46.

SCHILLACI A., *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in CAIELLI M., PEZZINI B., SCHILLACI A. (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, pag. 195.

SGORBATI B., *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.2, 2016, pagg. 112-127.

STEFANELLI S., *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, Milano, 2021, pagg. 3-138.

SUGAMELE L., *Maternità surrogata: la biopolitica del corpo, Una lettura della convergenza tra patriarcato e ideologia neoliberale*, in *Annali di Ca' Foscari. Serie occidentale*, Vol. 53, 2019, pagg. 433-447.

TIGANO V., *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita: le soluzioni suggerite dal gruppo di ricerca per la riforma dei reati dolosi e preterintenzionali contro la vita e l'integrità fisica*, in DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, Milano, 2023, pagg. 172-173.

TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Anno LX Fasc. 4, 2017, pag. 1401-1423.

TRINCHERA T., VALLAR G., *La surrogazione di maternità all'estero tra riconoscimento dello status filiationis e profili di responsabilità penale*, in *Rights on the move, Rainbow families in Europe – Conference proceedings*, 2014, pag. 246.

TRIPODINA C., *Corte costituzionale e referendum sulla procreazione assistita*, in *Democrazia e diritto*, 2005, pag. 224.

TRIPODINA C., *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, fasc. n. 2, 2014, pagg. 69-87.

VALLINI A., *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita. Tutela dell'embrione - tutela dell'identità genetica*, in DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, Milano, 2023, pag. 21.

VALLINI A., *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno LXVI, fasc. 1, 2023, pagg. 41-95.

VALLINI A., *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *Genius*, 2023, pagg. 4-18.

VALONGO A., *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.2, 2016, pagg. 139-149.

VARANO C., *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in *Famiglia e diritto* 8-9, 2017, pag. 836.

VESTO A., *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, pag. 19.

VITALE A.R., *Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata*, in *Medicina e Morale*, 2016, sezione giuridica, pagg. 173-182.

WALKER R., VAN ZYL L., *Surrogate motherhood and abortion for fetal abnormality*, in *Bioethics/Volume 29*, Issue 8, 2015, pagg. 529-535.

WINKLER M., *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *il Corriere Giuridico*, n. 10, 2019, pag. 1226.