

La procreazione medicalmente assistita e
l'introduzione del reato universale di maternità
surrogata

Chiar.mo Prof. Maurizio Bellacosa

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Francesca Minerva

CORRELATORE

Filippo Corbo Matr. 171133

CANDIDATO

INDICE

INTRODUZIONE.....	9
--------------------------	----------

CAPITOLO I - La procreazione medicalmente assistita e la gestazione per altri.....	15
---	-----------

1. Esiste un diritto a procreare?.....	15
2. Definizione, origine e diffusione delle pratiche.....	26
3. Modelli di GPA: altruistica e commerciale.....	30
3.1. GPA commerciale: il contratto di maternità surrogata.....	32
4. I diritti del minore: <i>best interest of the child</i> e principio di non discriminazione.....	40

CAPITOLO II - La disciplina della gestazione per altri.....	46
--	-----------

1. Evoluzione normativa.....	46
1.1. L'introduzione della legge 40/2004.....	46
1.2. La riforma della legge 40/2004: l'introduzione della punibilità extraterritoriale con la legge n. 169/2024.....	60
2. Normativa nazionale: profili penali ed extra-penali.....	69
2.1 Profili penali della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita: osservazioni generali sull'art. 12 comma 6 della legge n. 40/2004.....	69

• 2.1.1. Il delitto comune di pura condotta.....	86
• 2.1.2. Le condotte alternative del delitto (<i>realizzare, organizzare, pubblicizzare</i>).....	90
• 2.1.3. L'elemento soggettivo: dolo e concorso di persone nel reato (art. 110 c.p.).....	109
• 2.1.4. Il bene giuridico protetto: la dignità e l'integrità umana.....	117
• 2.1.5. Reato di danno o di pericolo?.....	129
• 2.1.6. <i>Locus commissi delicti</i> : analisi del luogo di commissione del reato nella disciplina previgente.....	131
2.2. Ulteriori reati.....	137
• 2.2.1. Reato di Alterazione di stato (art. 567 co. 2 c.p.).....	138
• 2.2.2. Reato di false comunicazioni a pubblico ufficiale (art. 495 co. 2 n. 1 c.p.).....	148
2.3. Profili extra-Penali: Il riconoscimento dello <i>status filiationis</i> (adozione per casi particolari).....	155
3. Giurisprudenza nazionale.....	159
• 3.1. Corte Costituzionale: sentenze n. 272/2017 e n. 33/2021. Il concetto di dignità e il riconoscimento dello <i>status filiationis</i>	160
• 3.2. Corte di Cassazione: sentenze n. 12193/2019 e n. 38162/2022. La trascrizione degli atti di nascita e punibilità della GPA all'estero.....	170

4. Normativa e giurisprudenza sovranazionali.....	177
• 4.1. Rilevanza degli artt. 8, 12, 14 CEDU e artt. 7, 21, 24 CDFUE.....	178
• 4.2. Pronunce della Corte Europea dei Diritti Umani: <i>Sentenza Mennesson c. Francia (2014) - Caso n. 65192/11 - Sentenza Labassee c. Francia (2014) - Caso n. 65941/11 - Campanelli c. Italia (2023) - Caso n. 47196/21</i> . Il riconoscimento dello <i>status</i> dei minori nati da GPA.....	188

CAPITOLO III - Universalità e criticità della fattispecie: prospettive di riforma.....198

1. L'universalità del reato: principi e finalità.....	198
2. L'universalità applicata alla surrogazione: limiti e criticità.....	204
3. Analisi critica dei profili di legittimità costituzionale.....	213
• 3.1. Possibili profili di discriminazione.....	213
• 3.2. Libertà fondamentali e bilanciamento con la dignità.....	214
• 3.3. Principi di legalità, offensività e proporzionalità.....	215
• 3.4. Conclusione: esigenze punitive e controlimiti costituzionali.....	217
4. Analisi delle proposte di modifica per una disciplina più equilibrata.....	218
5. La possibilità di legalizzare la GPA altruistica: opportunità e rischi.....	222

CAPITOLO IV - Confronto con altri ordinamenti giuridici: il Regno Unito e gli USA.....233

1. Modelli normativi che regolano la GPA in altri Paesi.....	233
2. Un <i>focus</i> sui principi di protezione della dignità e della famiglia.....	244
3. Diritto penale e bioetica - bilanciamento tra repressione e libertà.....	248
• 3.1. Il ruolo del diritto penale nella tutela dei valori etici	248
• 3.2. Il rischio di un eccesso di penalizzazione nella GPA	251
• 3.3. Soluzioni decriminalizzanti e alternative alle sanzioni penali.....	253
 CONCLUSIONI.....	 258
 BIBLIOGRAFIA.....	 262

INTRODUZIONE

Secondo stime recenti, ogni anno nel mondo vengono concepiti migliaia di bambini tramite l'utilizzo di pratiche di surrogazione di maternità. Solo negli Stati Uniti d'America si contano circa 1.300 nascite annue, mentre in alcuni paesi come l'Ucraina (prima del conflitto che l'ha interessata) e India il numero supera le duemila nuove nascite. In Italia, dove la gestazione per altri (GPA) risulta essere vietata, non più limitatamente al suolo nazionale, più di 250 coppie circa si recavano all'estero ogni anno per ricorrere a tale pratica. Con l'entrata in vigore della legge n. 169 del 2024, la situazione risulta essere cambiata, sicché il divieto di GPA interessava solo coloro che intendessero ricorrere a tale pratica sul territorio nazionale. La nuova legge ha inteso modificare la legge n. 40 del 2004, prevedendo la commissione del reato, anche qualora il cittadino italiano pratici tale surrogazione anche su suolo estero. I dati sovraesposti, evidenziano dunque la rilevanza e l'attualità del dibattito circa un'adeguata regolamentazione della gestazione per altri.

La procreazione medicalmente assistita (PMA) e la gestazione per altri costituiscono temi di denso spicco in ambito giuridico, etico e sociale, oggetti di un dibattito acceso di notevole fermento sia a livello nazionale che sovranazionale. L'utilizzo ormai più frequente di tali pratiche, unito alla carenza di un quadro normativo uniforme a livello internazionale, impone un'accurata riflessione delle tecniche di regolamentazione e delle risonanze giuridiche e sociali sulle parti coinvolte. La presente disamina si prefigge di vagliare con rigore esegetico, la disciplina giuridica della GPA e l'introduzione del reato "universale" di maternità surrogata, soffermandosi sulle ripercussioni che tale fattispecie abbia apportato in merito al diritto alla genitorialità, alla dignità della donna e circa i diritti del minore.

Nel nostro ordinamento, tramite l'introduzione dell'articolo 12, comma 6, della Legge 19 febbraio 2004, n. 40, è stato tipizzato il reato di surrogazione di maternità, sancendone l'assoluta illiceità e prevedendo sanzioni di natura penale e amministrativa

per i soggetti coinvolti, ponendo un argine giuridico a una pratica che solleva delicate questioni etiche e sociali.

Tuttavia, la ormai consolidata rigidità della normativa nazionale si scontra con le molteplici previsioni di carattere sovranazionale e con le diverse soluzioni normative adottate da altri ordinamenti, generando un acceso dibattito sia in ambito giurisprudenziale che dottrinale. In particolare, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte censurato le ostiche rigidità dei sistemi normativi nazionali che negherebbero il riconoscimento della filiazione derivante da pratiche di GPA svolte all'estero, considerandole lesive del diritto alla vita privata e familiare, così come sancito dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il conflitto, quindi, non è soltanto giuridico, ma assume sfumature squisitamente etiche e sociali, sicché, se da un lato si innalza la necessità di preservare la dignità della donna e tutelare l'integrità del minore, dall'altro si affaccia l'irrinunciabile diritto di autodeterminazione procreativa. La tensione tra questi valori in gioco parrebbe esigere un continuo e delicato bilanciamento da parte delle istituzioni, in un contesto sempre più globale, nel quale le pratiche di GPA si incrociano con il principio di non discriminazione e con le esigenze di riconoscimento dei diritti familiari su scala internazionale.

Da tali premesse si evince la necessità di approfondire il tema, esplorando le ripercussioni di un fenomeno che, seppur regolato con atteggiamenti eterogenei nei vari ordinamenti, parrebbe mantenere rilevanti effetti sul piano giuridico e sociale. L'obiettivo principale è quello di fornire una visione globale della disciplina, focalizzando l'attenzione sul diritto alla genitorialità, senza però tralasciare le problematiche etico-sociali connesse alla mercificazione del corpo femminile e ai rischi di sfruttamento, così da riuscire a pervenire a un giudizio fondato sulla necessità di una più attenta e ponderata regolamentazione, in ambito sia nazionale che sovranazionale.

L'attenta analisi della vigente normativa italiana in tema di gestazione per altri rappresenta uno degli aspetti cardinali della ricerca, con un rilievo preminente fornito

all'ancora più severa e draconiana comminazione delle sanzioni relative alla surrogazione di maternità. Si cercherà di esplorare gli impatti giuridici derivanti da tale scelta legislativa, ponendo in risalto le intrinseche criticità della criminalizzazione di tale fenomeno, alla luce dell'introduzione del reato "universale" di maternità surrogata. Un altro obiettivo nodale riguarderà l'indagine delle implicazioni costituzionali e sovranazionali di tale norma, avvalendosi di un'analisi comparata per indagare approcci e soluzioni alternative che possano bilanciare in maniera delicata la tutela dei diritti individuali con le esigenze di ordine pubblico e dei valori etico-sociali.

L'elaborato intende inoltre concentrarsi circa la valutazione delle possibili criticità legate alla finalità criminogena della norma voluta dal legislatore, in particolare per quanto riguarda l'introduzione del c.d. reato universale di maternità surrogata. Si intende esaminare approfonditamente le implicazioni costituzionali e sovranazionali della norma, con l'intento di esplorare soluzioni che possano rispondere in modo adeguato alle esigenze di giustizia sociale e alla protezione dei diritti fondamentali.

In un'ottica di prospettive di riforma, si indagherà anche la possibilità di rendere legittima la gestazione per altri in modalità altruistica come alternativa concreta alla rigidità normativa attuale. L'elaborato esaminerà le implicazioni giuridiche ed etiche di tale proposta, prendendo in considerazione come la procreazione medicalmente assistita e la gestazione per altri siano strettamente connesse all'evoluzione dei principi costituzionali e internazionali. L'obiettivo finale è delineare un quadro giuridico più equo e coerente con i mutamenti sociali, le nuove concezioni di famiglia e genitorialità, e le istanze di tutela dei diritti individuali.

La metodologia adottata per l'analisi avrà natura multidisciplinare, abbracciando le materie del diritto penale, civile e internazionale, al fine di offrire una visione elaborata e profonda dei possibili aspetti critici. L'approfondimento si avvarrà di un'analisi accurata delle fonti del diritto sia nazionali che sovranazionali, quali la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e i trattati internazionali pertinenti, nonché della giurisprudenza di merito e di legittimità, con

particolare accortezza attribuita alle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione. Sarà altresì oggetto di analisi il contributo della dottrina giuridica, cercando di delineare le principali linee interpretative che caratterizzano il dibattito contemporaneo sulla GPA e le sue implicazioni legali.

Particolare attenzione sarà attribuita all'osservazione delle principali sentenze giuridiche che hanno trattato la tematica della GPA, con un'analisi comparata delle diverse posizioni giuridiche, allo scopo di tracciare l'evoluzione della giurisprudenza sul tema, e ad individuare l'orientamento di prevalenza in ambito giuridico, così come i possibili punti di contatto tra le divergenti normative che si sono susseguite nel tempo. L'indagine non si limiterà a una mera ricostruzione della normativa vigente, ma cercherà di rispondere a quesiti cruciali, quali: come riuscire a bilanciare i diritti individuali e familiari con le esigenze collettive di tutela, e come una normativa così incisiva sulla sfera privata possa essere compatibile con i principi costituzionali e sovranazionali che tutelano la libertà individuale e l'autodeterminazione procreativa.

L'obiettivo ultimo è quello di offrire uno spunto di riflessione critica e propositiva circa il possibile futuro normativo della gestazione per altri in Italia, tracciando possibili scenari e soluzioni che possano in qualche modo rispondere alle sfide poste da un fenomeno in continua evoluzione, nel rispetto dei diritti umani, delle garanzie costituzionali e della dignità intrinseca di tutti i soggetti coinvolti, con un occhio vigile rivolto all'orizzonte giuridico internazionale.

Il primo capitolo di questa dissertazione verrà dedicato all'introduzione della procreazione medicalmente assistita e della gestazione per altri, muovendo dalla loro definizione giuridico-scientifica, per poi addentrarsi nelle loro origini e la loro evoluzione normativa nei principali ordinamenti giuridici. Sarà posta particolare attenzione ai diversi modelli di GPA, distinguendo tra la forma altruistico-solidale e quella commerciale, con un'analisi dei risvolti giuridici e bioetici di ciascun sistema. Un focus specifico sarà riservato al contratto di maternità surrogata, alla sua validità e agli eventuali profili di nullità o annullabilità nell'ordinamento italiano e a livello

sovranaZIONALE. Verrà inoltre affrontato il dibattito giuridico relativo al diritto alla procreazione, valutando il bilanciamento tra l'autodeterminazione procreativa e i limiti imposti dall'ordine pubblico e dalla dignità umana. Infine, si focalizzerà l'attenzione sui diritti del minore nato tramite GPA, con particolare riguardo al principio del *best interest of the child* e alla tutela contro discriminazioni derivanti dal modello riproduttivo utilizzato.

Il secondo capitolo si prefiggerà di analizzare in modo approfondito la disciplina normativa della gestazione per altri in Italia, partendo dall'esame della Legge 40/2004 fino all'introduzione della Legge 169/2024. In particolare, si analizzeranno le disposizioni di diritto penale, con un'analisi della tipizzazione del reato di GPA *ex art. 12*, comma 6, della Legge 40/2004, e delle ulteriori fattispecie di reato connesse, come l'alterazione di stato (*art. 567*, comma 2 c.p.) e le false dichiarazioni a pubblico ufficiale (*art. 495*, comma 2, n. 1 c.p.). Verrà approfondita la natura del reato, esaminando il delitto sotto il profilo dei soggetti attivi e i suoi elementi oggettivi, evidenziando le possibili condotte punibili, gli elementi soggettivi richiesti (dolo generico e concorso di persone nel reato *ex art. 110* c.p.), nonché la questione della territorialità e del locus commissi delicti per le ipotesi di GPA realizzate all'estero. Seguirà un'analisi scrupolosa del diritto extra-penale, concentrandosi sulle problematiche legate al riconoscimento dello *status filiationis* del nato da GPA, esaminando in ultimo l'istituto dell'adozione per casi particolari. Il capitolo si concluderà con un'analisi delle principali pronunce giurisprudenziali, sia nazionali (Corte Costituzionale e Corte di Cassazione) sia sovranazionali (CEDU e Corte di Giustizia dell'Unione Europea), valutandone l'impatto sulla regolamentazione della materia.

Il terzo capitolo sarà invece dedicato alla configurazione del reato universale di maternità surrogata, esaminandone la sua compatibilità con i principi generali del diritto penale e costituzionale. Si approfondiranno le problematiche applicative legate all'universalità del reato, con particolare riferimento alla competenza giurisdizionale italiana in relazione a fatti commessi all'estero e al principio di non ingerenza negli ordinamenti giuridici di altri Stati. Saranno poste in discussione le criticità interpretative

e le questioni di legittimità costituzionale, con riferimento ai principi di proporzionalità della pena, ragionevolezza della norma e bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti. Particolare attenzione sarà dedicata alle proposte riformiste per una disciplina che mira ad essere maggiormente equilibrata, valutando la possibilità di una depenalizzazione parziale della pratica e l'eventuale introduzione di un modello regolamentato di GPA altruistica come alternativa alla sua criminalizzazione assoluta.

Il quarto capitolo offrirà un'analisi comparata tra il sistema italiano e gli ordinamenti di altri Paesi, con particolare riferimento al Regno Unito e agli Stati Uniti. Saranno esaminati i modelli normativi adottati per regolamentare la GPA, mettendo in evidenza il delicato bilanciamento tra il principio di autodeterminazione, la protezione della dignità umana e l'interesse del minore. Inoltre, si analizzerà il ruolo del diritto penale nella regolamentazione della GPA, valutando i rischi e le minacce di una repressione eccessiva, vagliando altresì l'efficacia di soluzioni decriminalizzanti, come il riconoscimento giuridico della GPA altruistica e l'introduzione di meccanismi di controllo per prevenire lo sfruttamento delle donne.

Le conclusioni saranno dedicate alla sintesi dei risultati emersi dall'indagine e alla formulazione di riflessioni sulle prospettive future della disciplina della GPA in Italia e in ambito europeo. Saranno delineate possibili linee guida per un assetto normativo sempre più equilibrato, capace di contemperare le esigenze delle coppie aspiranti alla genitorialità, la tutela delle madri surrogate e il *best interest* del minore. Infine, si valuterà l'efficacia dell'attuale approccio repressivo, evidenziando eventuali soluzioni normative alternative che possano garantire un'adeguata tutela dei diritti fondamentali nel rispetto della dignità della persona e delle evoluzioni sociali e bioetiche contemporanee. Lungi dall'essere risolto, il dibattito sulla GPA, parrebbe richiedere un costante aggiornamento legislativo e giurisprudenziale, affinché il diritto possa rispondere alle sfide poste dall'innovazione scientifica e dai mutamenti nelle concezioni di famiglia e filiazione.

CAPITOLO I

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E LA GESTAZIONE PER ALTRI

SOMMARIO: 1. Esiste un diritto a procreare? - 2. Definizione, origine e diffusione delle pratiche - 3 Modelli di GPA: altruistica e commerciale - 3.1 GPA commerciale: Il contratto di maternità surrogata - 4. I diritti del minore: *best interest of the child* e principio di non discriminazione

§ 1. Esiste un diritto a procreare?

La procreazione si configura come elemento essenziale dell'esistenza umana, non solo sotto il profilo biologico, ma anche quale espressione della libertà di autodeterminazione individuale. Nel corso dei secoli, la nozione di riproduzione è stata profondamente influenzata da fattori culturali, religiosi¹ e sociali, divenendo sovente oggetto di giudizi e condizionamenti normativi. Oltre alla dimensione personale, la procreazione assume una rilevante valenza collettiva: la continuità della specie e la struttura delle società umane pongono il loro fondamento proprio sulla capacità riproduttiva degli individui.

In una prospettiva di più ampio respiro, appare opportuno interrogarsi se il diritto alla procreazione possa essere annoverato tra i diritti fondamentali dell'essere umano, in

¹ Un antecedente storico di pratiche assimilabili alla gestazione per altri può rinvenirsi nella Genesi (30,1-3), ove si narra che Rachele, impossibilitata a procreare, dispose che la propria ancella Bila generasse figli per conto suo: «Ecco la mia serva Bila, unisciti a lei ed essa partorirà sulle mie ginocchia, e così, per mezzo di lei, avrò anch'io una discendenza». Tale episodio, sebbene inserito in un contesto giuridico e sociale profondamente differente, evidenzia come, sin dall'antichità, siano esistiti istituti volti a supplire all'impossibilità biologica di procreare, sollevando questioni che, in epoca contemporanea, sono oggetto di dibattito giuridico in relazione alla compatibilità della gestazione per altri con i principi di ordine pubblico e tutela della dignità della persona

quanto intimamente connesso alla realizzazione della personalità e all'autodeterminazione individuale. La tutela di tale diritto presuppone che l'ordinamento predisponga strumenti idonei a garantirne il libero esercizio, senza indebite ingerenze da parte dello Stato o della collettività che ne limitino, in modo eccessivo, la libertà di autodeterminazione. Tradizionalmente, l'autodeterminazione viene definita come autonomia, intesa come libertà da interferenze esterne nelle scelte personali più intime, tra cui la sfera riproduttiva.² Tale paradigma, tuttavia, mostra oggi significativi limiti, soprattutto se calato nell'ambito delle scelte procreative, in cui è intrinseco un elemento di relazione interpersonale e sociale. Come si vedrà, l'autodeterminazione parrebbe tradursi non solo nella libertà di avere figli, ma anche nel diritto di definire autonomamente le modalità con cui realizzare tale aspirazione. Come sostengono autorevoli dottrine, la libertà personale è autenticamente esercitata quando riconosciuta all'interno di una rete di relazioni interpersonali, senza le quali la libertà stessa perderebbe il proprio senso morale e pratico³.

Applicando tale visione relazionale all'ambito della procreazione medicalmente assistita (PMA) e della gestazione per altri (GPA), si comprende come l'autodeterminazione non possa limitarsi all'assenza di interferenze, ma debba includere una libertà positiva di perseguire consapevolmente i propri interessi critici, quegli obiettivi che, secondo Ronald Dworkin, conferiscono valore e significato alla propria esistenza⁴. Il diritto alla procreazione si configura così come un diritto fondamentale nella misura in cui risponde a un interesse critico essenziale per la costruzione identitaria e per la realizzazione personale degli individui. Tuttavia, l'autodeterminazione procreativa non può essere intesa come un diritto assoluto e illimitato. In particolare, nel caso della gestazione per altri, la complessità relazionale diviene ancora più marcata. La GPA solleva inevitabilmente domande circa la responsabilità etica verso terzi – la donna gestante e il

² Cfr., M. Galletti, *Autodeterminazione. Un punto di vista filosofico*. Firenze, Rivista Italiana di Cure Palliative, 2022, 24(4) pp. 188–191.

³ Cfr., M. Galletti, Op. Cit. p.189.

⁴ *Infra*, Dworkin R. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Harvard University Press, 2000, 242-5.

bambino – che richiedono un rigoroso bilanciamento tra diritti, responsabilità e dignità umana. In questo contesto, la concezione di John Stuart Mill dell'autonomia personale, che pone la sovranità individuale come limite all'intervento statale salvo casi di danno a terzi, parrebbe offrire una cornice utile per orientare la riflessione giuridica: qualsiasi regolamentazione dovrebbe tutelare la libertà procreativa individuale senza ignorare le relazioni di interdipendenza e responsabilità che inevitabilmente si instaurano.⁵

La nozione di autonomia relazionale, pertanto, risulta particolarmente adatta a comprendere la GPA: essa infatti considera che le scelte individuali sulla procreazione sono sempre immerse in un tessuto di interazioni sociali e affettive. Tale trama non rappresenta semplicemente un limite alla libertà personale, ma costituisce la struttura portante grazie alla quale tale libertà può manifestarsi in modo autentico e responsabile. Il riconoscimento di tale interdipendenza implica obblighi positivi di tutela e valorizzazione della dignità di ciascun soggetto coinvolto.

Da questa prospettiva, anche la regolamentazione della gestazione per altri dovrebbe perseguire un equilibrio tra l'espressione libera della volontà procreativa e la protezione dei soggetti coinvolti. Come si vedrà, questo bilanciamento parrebbe trovare fondamento nelle argomentazioni del giudice delle leggi e della giurisprudenza della CEDU, che sottolineano la necessità di garantire il rispetto della dignità umana, prevenendo ogni possibile sfruttamento della capacità riproduttiva femminile.

Da una prospettiva storica, invece, con il progresso delle conoscenze scientifiche e biomediche, il tradizionale legame tra atto sessuale e procreazione si è visto profondamente mutato. L'introduzione di tecniche mediche per la procreazione assistita ha ampliato le possibilità in ambito riproduttivo, fornendo altresì spunto per numerosi dibattiti. Infatti, la riproduzione è stata sempre intrinsecamente legata all'unione tra individui, mentre oggi può concretizzarsi con all'ausilio di procedure assistite, alterando la natura del processo riproduttivo e introducendo nuove dimensioni nelle modalità attraverso cui viene espressa la volontà procreativa.

⁵ Cfr., J.S. Mill, *Saggio sulla libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1999, p. 12-13.

Tale trasformazione ha reso indispensabile una regolamentazione più articolata, che risponda alla necessità di bilanciare il diritto alla procreazione con altri interessi giuridicamente rilevanti, quali la tutela del nascituro, la dignità della donna e ulteriori implicazioni sociali della genitorialità non biologica. Il dibattito si è progressivamente allontanato dalla mera affermazione della libertà di procreare, per concentrarsi sulla nodosa questione di come e con quali limiti tale libertà debba essere esercitata, aprendo un confronto su diritti coinvolti, sulle responsabilità ad essi connesse e sui confini dell'intervento statale in materia riproduttiva. Negli anni Settanta del secolo scorso, prima che la medicina moderna fornisse conoscenze circa nuove possibilità riproduttive, la relazione causale tra rapporto sessuale e procreazione veniva già posta in discussione dall'introduzione di nuovi metodi contraccettivi sviluppati dalla scienza farmaceutica. Gli effetti di una tale "liberazione sessuale"⁶ hanno indotto una rilevante evoluzione normativa, sancendo il riconoscimento della procreazione come scelta consapevole e responsabile, sempre più indipendente dal vincolo matrimoniale.

Il legislatore, spinto da un intento adeguatore volto a conformare l'ordinamento alle mutate esigenze sociali e individuali,⁷ ha risposto a tali trasformazioni con interventi

⁶ Si intende come il processo di emancipazione dagli schemi normativi tradizionali in materia di sessualità, si è sviluppata in particolare a partire dalla seconda metà del XX secolo, in concomitanza con le rivendicazioni femministe e con i movimenti per i diritti civili. Tale fenomeno ha comportato una progressiva erosione del modello eteronormativo e procreativo della sessualità, trovando riconoscimento in ambito giuridico attraverso l'evoluzione della normativa in materia di autodeterminazione individuale, contraccezione, interruzione volontaria di gravidanza e diritti delle persone LGBTQ+. Sul piano giurisprudenziale, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha più volte affermato che la sfera sessuale rientra nel diritto al rispetto della vita privata ex art. 8 CEDU (si vedano, tra le altre, CEDU, Dudgeon c. Regno Unito, 1981; CEDU, Goodwin c. Regno Unito, 2002), sancendo la rilevanza del principio di autodeterminazione anche in tale ambito."

⁷ Cfr., P. Stanzione, G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004. p. 179 e ss.

significativi, quali la riforma del diritto di famiglia del 1975⁸, l'istituzione dei consultori familiari⁹ e la disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza¹⁰.

Tali normative hanno tracciato nuovi orizzonti per la procreazione, la maternità e il rapporto genitoriale, imponendo ai pubblici poteri l'obbligo di garantire l'accesso a informazioni, risorse e strutture pubbliche adeguate. In particolare, l'art. 1, comma 1, della legge n. 194/1978 afferma con fermo rigore che "lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio", delineando così il perimetro giuridico entro il quale si articola il diritto alla procreazione.

La prima enunciazione esplicita del diritto alla procreazione nell'ordinamento italiano è strettamente legata alla maternità, concetto già parzialmente introdotto dall'art. 1, comma 1, della legge n. 405/1975, che regola l'assistenza alla famiglia e alla maternità. Tale disciplina prevede una serie di istituti a tutela della salute della donna, del nascituro, nonché a garantire un adeguato supporto psicologico alla preparazione alla genitorialità, quali servizi di consulenza psicologica, la distribuzione di contraccettivi, nonché l'informazione finalizzata alla prevenzione e alla gestione della gravidanza.

Queste disposizioni parrebbero delineare un vero e proprio statuto della procreazione consapevole, rivolto a chiunque sia chiamato a compiere scelte riproduttive, tenendo in considerazione fattori quali l'età, le condizioni sociali, lo *status* familiare e inclinazioni personali. Il diritto sancito è attribuito alla singola persona, piuttosto che la coppia, come esplicitamente previsto dalla legge n. 194/1978, la quale riconosce alla donna il diritto di esprimersi in via definitiva circa l'interruzione di gravidanza. Tuttavia, l'oggetto della tutela rimane la "procreazione naturale".

⁸ La legge 19 maggio 1975, n. 151, ha riformato il diritto di famiglia, introducendo la parità giuridica tra i coniugi, l'uguaglianza tra figli legittimi e naturali e la potestà genitoriale congiunta, superando l'impostazione patriarcale del Codice Civile del 1942

⁹ Legge 29 luglio 1975, n. 405, *Istituzione dei consultori familiari*, in G.U. n. 227 del 27 agosto 1975.

¹⁰ Legge 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, pubblicata in G.U. n. 140 del 22 maggio 1978.

In tale prospettiva, la decisione sulla procreazione assume il carattere di "diritto soggettivo", sottoposto alla tutela dello Stato, il quale è chiamato a fornire strutture di assistenza tanto per coloro che desiderano un figlio, come previsto dalla legge n. 405/1975, quanto per la donna che opta per l'interruzione volontaria di gravidanza. Il diritto alla procreazione naturale si configura, peraltro, come diritto sociale, che si articola in due dimensioni: una positiva, che implica la creazione di condizioni favorevoli alla nascita di un figlio, e una negativa, che riguarda l'assicurazione di strutture pubbliche per l'accesso all'interruzione volontaria della gravidanza (I.V.G.).

Più che di "diritto alla procreazione", risulta pertanto più appropriato parlare di "diritto alla libertà procreativa". La prima formulazione attiene a un diritto ad una discendenza, con un obbligo positivo in capo allo Stato di fornire risorse per la sua realizzazione, comportando però un'ingerenza nelle scelte riproduttive individuali. La seconda, invece, si fonda sulla priorità del rifiuto a procreare, ponendo al centro l'autodeterminazione delle scelte riproduttive. Le due concezioni si distinguono nettamente: il "diritto a procreare" presuppone una libertà svincolata da imposizioni dell'ordinamento, mentre il "diritto alla libertà procreativa" enfatizza la responsabilità individuale e procreativa. Quest'ultima prospettiva consente di focalizzare l'attenzione sulla libertà di autodeterminazione e sulla tutela della donna, riconoscendole un primario "diritto alla libertà procreativa"¹¹.

Pur in assenza di una disposizione costituzionale o internazionale che menzioni esplicitamente la procreazione, essa deve essere riconosciuta come un diritto fondamentale della persona, tutelato implicitamente dalla Costituzione. Tale interpretazione trova fondamento negli articoli 2, 29, 30 e 31 Cost., i quali, pur non menzionando esplicitamente il diritto alla procreazione, implicano la sua esistenza. Infatti, la formazione della famiglia e la tutela della filiazione sono strettamente

¹¹ Cfr., S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti. *Trattato di Biodiritto (diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti)*, vol. II, *Il governo del corpo*, Tomo I e Tomo II. Milano, Giuffrè, 2011.

connesse all'evento riproduttivo¹², che costituisce il presupposto necessario per il riconoscimento e la protezione dei diritti familiari e dei legami di filiazione. In tal senso, la procreazione diventa un elemento integrante di un sistema di diritti fondamentali, la cui tutela è essenziale per la realizzazione della personalità e della dignità della persona."

Da quanto esposto, parrebbe discendere che la procreazione rientri tra le libertà fondamentali che lo Stato è tenuto a garantire senza interferenze indebite nelle scelte individuali. Tuttavia, lo Stato conserva l'obbligo di intervenire positivamente con misure di tipo attivo, con campagne informative, sostegno economico, assistenza sanitaria e sociale, al fine di tutelare la maternità e la salute riproduttiva, aspetti imprescindibili per lo sviluppo integrale della persona. Affidare a soggetti terzi la decisione in merito alla procreazione, parrebbe infatti ledere i principi di libertà e riservatezza che costituiscono il fondamento di tale diritto. È, tuttavia, necessario precisare che questo principio non implica, in via automatica, che lo Stato debba garantire a tutti i cittadini l'accesso alle tecniche di procreazione assistita, le quali possono essere soggette a regolamentazioni più specifiche in base a criteri di necessità e opportunità.¹³

L'articolo 2 della Costituzione, che tutela i diritti inviolabili della persona, sembrerebbe configurare un ipotetico diritto di autodeterminazione in ordine all'esercizio della propria capacità riproduttiva. Tale libertà appare intimamente connessa alla protezione della vita privata e familiare, un ambito che trova ulteriore fondamento nell'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Quest'ultimo, garantendo il

¹² Gli articoli 2, 29, 30 e 31 della Costituzione Italiana delineano i principi fondamentali relativi alla tutela dei diritti della persona e alla famiglia. L'articolo 2 sancisce il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali, mentre l'articolo 29 stabilisce che la famiglia è fondata sul matrimonio, riconoscendo pari diritti e doveri tra i coniugi. L'articolo 30 tutela il diritto dei genitori di mantenere e educare i figli, anche in caso di separazione, e l'articolo 31 promuove politiche a favore della famiglia, per garantire condizioni economiche e sociali idonee alla procreazione e al benessere dei figli.

¹³ Si veda, F. Angelini. *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia.*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 59 e ss.

rispetto della vita privata, è stato interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come includente il diritto alla genitorialità e l'accesso alle tecniche di procreazione assistita. La giurisprudenza della Corte, parrebbe confermare che il diritto alla procreazione e alle sue relative tecniche costituisca un corollario del più ampio diritto alla vita privata, pur in presenza di limiti giuridici che ne regolamentano l'accesso.

L'articolo 29 della Costituzione, invece, riconosce la famiglia quale istituzione fondata sul matrimonio, ma l'evoluzione giurisprudenziale parrebbe aver esteso la tutela anche alle formazioni sociali in cui si sviluppano relazioni affettive e procreative. Tale orientamento è ulteriormente consolidato dall'articolo 31 Cost., il quale impone alla Repubblica il dovere di agevolare la formazione della famiglia e proteggere la maternità e l'infanzia. In particolare, la tutela della maternità è stata interpretata in senso estensivo, abbracciando anche il diritto delle coppie infertili di accedere alle tecniche di procreazione assistita, in quanto strumento per la realizzazione della genitorialità.

L'articolo 32 Cost., infine, sancisce la tutela della salute quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse primario della collettività, principio che sembrerebbe trovare diretta applicazione nella disciplina riguardante la fecondazione assistita. L'infertilità è riconosciuta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)¹⁴ come una condizione patologica, implicando che i trattamenti attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita siano inclusi tra le prestazioni sanitarie fornite dal Servizio Sanitario Nazionale (SSN)¹⁵.

¹⁴ L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), fondata nel 1948, è l'agenzia specializzata delle Nazioni Unite per la salute pubblica. Il suo mandato include la promozione della salute globale, la definizione di standard sanitari internazionali, la gestione delle emergenze sanitarie e la promozione della ricerca scientifica in ambito medico e sanitario. L'OMS è anche responsabile per la formulazione di politiche globali in materia di salute, tra cui la prevenzione di malattie, la promozione di stili di vita sani e la risposta alle crisi sanitarie globali. Le sue linee guida e raccomandazioni influenzano significativamente le politiche sanitarie nazionali e internazionali.

¹⁵ Il Servizio Sanitario Nazionale è il sistema di assistenza sanitaria pubblica italiano, istituito con Legge 23 dicembre 1978, n. 833. Esso garantisce l'accesso universalistico e gratuito alle cure sanitarie per tutti i cittadini, finanziato tramite il sistema fiscale nazionale. Il SSN si articola in un insieme di servizi sanitari regionali, con l'obiettivo di assicurare la salute come diritto fondamentale, rispondendo alle necessità di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione. Il SSN è basato su principi di solidarietà e uguaglianza, ed è finalizzato a garantire pari opportunità di accesso alle prestazioni sanitarie su tutto il territorio nazionale.

Tuttavia, il diritto alla procreazione non è assoluto: deve essere bilanciato con altri principi di pari rango, quali la dignità umana, la tutela del concepito, la salute della donna e il divieto di pratiche che possano comportare sfruttamento o mercificazione della capacità riproduttiva. È in questa prospettiva che si inserisce la disciplina della procreazione medicalmente assistita, così regolata dalla legge n. 40 del 2004, oggetto di successivi interventi giurisprudenziali che ne hanno adattato le disposizioni alle mutevoli esigenze sociali e scientifiche.

La Legge 19 febbraio 2004, n. 40, rubricata "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", ha costituito un primo intervento normativo organico in Italia volto a disciplinare l'accesso e l'impiego delle tecniche di fecondazione artificiale.¹⁶

La suddetta legge si fonda su alcuni principi cardine, volti a bilanciare il diritto alla genitorialità con la tutela del concepito e il rispetto della dignità della donna. Infatti, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita è ad oggi riservato alle sole coppie eterosessuali, coniugate o conviventi, che siano in età potenzialmente fertile e affette da sterilità o infertilità certificata da una diagnosi medica. È escluso, dunque, il ricorso alla fecondazione assistita per persone *single*, coppie omosessuali e coppie fertili che intendano accedere a tali tecniche per ragioni diverse dalla patologia riproduttiva.¹⁷

L'esclusione delle coppie omogenitoriali e delle persone *single* dall'accesso da tali pratiche ha suscitato ampie contestazioni, tanto sul piano nazionale quanto europeo. Tale esclusione è stata ritenuta da alcuni come potenzialmente discriminatoria, in contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione

¹⁶ *Infra*, Cap. II

¹⁷ Con la sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019, la Corte Costituzionale ha confermato la legittimità del divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita (PMA) per le coppie omosessuali e per i single, ritenendo che la normativa vigente non contrasti con i principi costituzionali di uguaglianza e autodeterminazione. La Corte ha rimesso al legislatore la possibile estensione dei diritti in materia di procreazione assistita.

italiana, nonché con il diritto alla non discriminazione previsto dall'articolo 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)¹⁸.

In origine, l'articolo 4 della Legge 40 vietava l'utilizzo di gameti esterni alla coppia (fecondazione eterologa), impedendo l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita a coloro che non potessero avvalersi dei propri gameti. Come già accennato, tale divieto è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014, la quale ha riconosciuto il diritto delle coppie affette da sterilità di poter ricorrere alla fecondazione eterologa, quale interesse costituzionalmente protetto, in virtù dell'espressione della libertà di autodeterminazione procreativa.¹⁹

Uno dei principi cardine della Legge 40 è rappresentato dal riconoscimento dell'embrione quale soggetto giuridicamente tutelato fin dal momento della fecondazione. In tale prospettiva, la normativa originaria stabiliva il limite massimo di tre embrioni fecondabili per ogni ciclo procreativo, imponendo il trasferimento simultaneo di tutti gli embrioni nell'utero materno e vietando la crioconservazione degli embrioni sovrannumerati. Tale impostazione, tuttavia, è stata oggetto di una pronuncia di incostituzionalità con la sentenza n. 151/2009, la quale ha inteso evidenziare l'irragionevolezza dell'obbligo di impianto multiplo, sottolineando come tale obbligo potesse comportare rischi significativi per la salute della donna, aumentando notevolmente le probabilità di gravidanze plurigemellari.

In un primo momento, la legge 40 del 2004 impediva l'uso della diagnosi genetica pre-impianto sugli embrioni, precludendo alle coppie portatrici di malattie genetiche

¹⁸ L'art. 14 CEDU vieta ogni forma di discriminazione nell'accesso e nell'esercizio dei diritti garantiti dalla Convenzione, comprese le libertà riconosciute dall'art. 8 CEDU in materia di vita privata e familiare. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte ribadito che le differenze di trattamento basate sull'orientamento sessuale o sullo stato civile devono essere giustificate da ragioni oggettive e proporzionate (si veda, ad esempio, *Vallianatos e altri c. Grecia*, ricorsi nn. 29381/09 e 32684/09, § 77).

¹⁹ La Corte ha sottolineato che «il divieto assoluto di fecondazione eterologa incide sulla libertà della coppia di formare una famiglia con figli» e che «non può ritenersi giustificato da esigenze di tutela del nascituro o della famiglia fondata sul matrimonio»

ereditarie la possibilità di selezionare embrioni esenti da tali patologie. Tuttavia, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 96/2015, ha dichiarato illegittima tale restrizione, affermando il diritto delle coppie fertili portatrici di patologie genetiche trasmissibili di avvalersi della PMA e della diagnosi preimpianto, al fine di evitare la trasmissione della patologia al nascituro.

Ad oggi, l'articolo 12 della Legge 40 impone il divieto assoluto di gestazione per altri (GPA), prevedendo sanzioni penali per chiunque vi faccia ricorso, anche all'estero. La Corte di Cassazione, insieme alla Corte Costituzionale ha ribadito l'incompatibilità della GPA con l'ordine pubblico italiano, negando la possibilità di trascrivere nei registri dello stato civile i certificati di nascita di bambini nati tramite maternità surrogata all'estero. Tuttavia la posizione parrebbe scontrarsi con la giurisprudenza della CEDU, la quale ha ripetutamente condannato l'Italia per la violazione del diritto dei minori alla continuità affettiva e all'identità familiare.²⁰

La disciplina della procreazione medicalmente assistita in Italia si trova ancora in una fase di evoluzione, segnata da un progressivo ampliamento dei diritti riproduttivi, sotto il forte indirizzo della giurisprudenza costituzionale ed europea. Tuttavia, permangono alcune rigidità significative, in particolare per quanto concerne l'accesso alla PMA per le coppie omosessuali e persone single, il riconoscimento della genitorialità nelle famiglie omogenitoriali e il divieto assoluto di maternità surrogata.

Alla luce dell'evoluzione dei modelli familiari e delle conquiste della scienza medica, si rende sempre più necessario un intervento legislativo che adegui la normativa italiana agli *standard* europei. Un aggiornamento normativo che, da un lato, garantisca il pieno esercizio del diritto alla genitorialità, dall'altro tuteli la dignità umana e protegga i soggetti più vulnerabili. Tale riforma risulta imprescindibile per rispondere alle esigenze

²⁰ Si vedano, a tal proposito, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), sentenze *Labassee v. Italy* (2017) e *Paradiso e Campanelli v. Italy* (2017), in cui la Corte ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sottolineando che il rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile i certificati di nascita di bambini nati tramite maternità surrogata all'estero compromette il diritto del minore alla continuità affettiva e all'identità familiare, violando il suo diritto a un legame giuridico con i genitori biologici e mettendo a rischio il suo benessere psicologico e sociale

di una società in continua trasformazione, che richiede un bilanciamento tra innovazione, diritti individuali e principi fondamentali di giustizia sociale

§2. Definizione, origine e diffusione delle pratiche

La procreazione medicalmente assistita (PMA) comprende un insieme di tecniche finalizzate al trattamento dei gameti maschili (spermatozoi) e femminili (ovociti), con l'obiettivo di favorire il concepimento in presenza di ostacoli alla riproduzione naturale. Questi ostacoli possono derivare da patologie o condizioni che rendono la procreazione naturale impossibile o altamente improbabile, o da inefficacia degli interventi chirurgici o farmacologici.

Le tecniche di PMA si distinguono in tre livelli, a seconda della loro complessità e invasività²¹. Le tecniche di I livello sono quelle meno invasive e consentono la fecondazione all'interno dell'apparato genitale femminile, come nel caso dell'inseminazione intrauterina (IUI). Le tecniche di II e III livello, invece, sono più complesse e prevedono la fecondazione in vitro (FIV), consistente nell'unione dei gameti al di fuori dell'organismo, seguita da un successivo impianto nell'utero materno.

Oltre ai fattori patologici che possono compromettere la fertilità di entrambi i sessi, l'età della donna rappresenta uno dei principali determinanti del successo della PMA.

In particolare, dopo i 40 anni la probabilità di concepimento mediante PMA subisce un decremento significativo, in quanto la qualità e la quantità degli ovociti diminuiscono progressivamente con l'avanzare dell'età, riducendo le possibilità di una fecondazione e di una gravidanza di successo.²².

²¹ *Infra*, Ministero della Salute, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, Decreto 20 marzo 2024, pubblicato in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 107 del 9 maggio 2024,

²² Cfr., Istituto Superiore di Sanità (ISS), Epicentro - *Procreazione Medicalmente Assistita: Aggiornamenti normativi e giurisprudenziali*, disponibile online al link: <https://www.epicentro.iss.it/pma/aggiornamenti>

Tuttavia, grazie al progresso delle tecniche di procreazione assistita è oggi possibile offrire una concreta opportunità di genitorialità anche a coloro che in passato si ritenevano incapaci di avere figli. L'accesso alla PMA è disciplinato dalla legge 40/2004²³ che stabilisce come prioritarie, nelle prime fasi del trattamento, le tecniche meno invasive. Il quadro normativo ha subito un'evoluzione significativa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale del 2014, che ha abolito il divieto di fecondazione eterologa²⁴, consentendo quindi l'impiego di gameti provenienti da donatori esterni alla coppia.

A partire dal decreto ministeriale del 20 marzo 2024, sono state introdotte nuove linee guida che disciplinano in modo più dettagliato l'applicazione delle tecniche di PMA²⁵, con l'intento di garantire un'adeguata regolamentazione e monitoraggio delle pratiche adottate. Il Registro nazionale PMA, istituito presso l'Istituto Superiore di Sanità, raccoglie dati relativi ai centri autorizzati, agli embrioni formati e ai nati mediante tali tecniche²⁶, permettendo una costante e aggiornata analisi dei *trend* riproduttivi nel tempo. Ciò assicura trasparenza e pubblicità sulle procedure adottate e sui risultati ottenuti, promuovendo un sistema di controllo pubblico delle pratiche di PMA.

Inoltre, con l'aggiornamento dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) nel 2017²⁷ è stato incluso nel nomenclatore delle prestazioni specialistico-ambulatoriali l'intero percorso di PMA, sia omologa che eterologa. Sono stati altresì definiti i criteri per la

²³ Si veda, Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, pubblicata in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004

²⁴ Cfr., Corte Costituzionale, Sentenza n. 162 del 10 giugno 2014.

²⁵ Cfr., Decreto Ministeriale 20 marzo 2024, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 107 del 9 maggio 2024

²⁶ *Infra*, Istituto Superiore di Sanità (ISS), *Registro Nazionale della Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) – Dati 2022*, pubblicato il 19 ottobre 2022, disponibile online: <https://www.iss.it/rpma-dati-registro>

²⁷ *Infra*, Decreto Legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, *Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale n. 305 del 30 dicembre 1992, Supplemento Ordinario n. 137

compartecipazione alle spese relative alla raccolta, conservazione e distribuzione delle cellule riproduttive destinate alla fecondazione eterologa, con importi stabiliti dalle singole amministrazioni locali, contribuendo alla copertura delle spese per l'accesso a tali tecniche.

Species del *genus* della procreazione medicalmente assistita è la maternità surrogata (o gestazione per altri, c.d. GPA) che prevede l'intervento di una donna volontaria, estranea alla coppia committente, nel processo procreativo-gestazionale. Questa operazione, che si differenzia dalle altre tecniche di fecondazione assistita per il coinvolgimento di un terzo soggetto, può avvenire sia in forma omologa, qualora il materiale genetico provenga da genitori committenti, sia in forma eterologa, nel caso in cui vi sia un contributo genetico esterno. La GPA si articola in tre principali modalità: la surrogazione di utero, nella quale l'embrione, generato con gli spermatozoi del padre committente e gli ovociti della madre committente, viene impiantato nell'utero della madre surrogata, che si limita a gestire la gravidanza senza alcun legame genetico con il nascituro; la surrogazione di ovocita e di utero, c.d. *surrogazione tradizionale*, in cui la madre surrogata fornisce sia l'ovocita che l'utero, divenendo madre biologica del nascituro; e infine la c.d. *surrogazione gestazionale*, in cui l'ovocita proviene da una donatrice esterna alla madre surrogata, creando una netta separazione tra il contributo genetico e il ruolo gestazionale.²⁸ Tali circostanze pongono le basi per alimentare un dibattito etico giuridico di notevole fermento, rendendo tali pratiche ad oggi vietate in alcuni Paesi, tra cui l'Italia (vd. Capitolo II).

L'affermarsi delle nuove tecniche riproduttive, e in particolare della maternità surrogata, riflette profondi mutamenti sociali e culturali, determinati in gran parte dall'evoluzione dei costumi sessuali e dai mutamenti nell'assetto della famiglia contemporanea. La GPA, in particolare, emerge come una risposta a quelle situazioni in cui la donna, per motivi clinici o patologici, non è in grado di portare a termine una gravidanza. Condizioni come l'assenza congenita dell'utero, anomalie uterine, menopausa precoce o

²⁸ Cfr., Patel, N. H., Jadeja, Y. D., Bhadarka, H. K., Patel, M. N., Patel, N. H., & Sodagar, N. R.. *Insight into Different Aspects of Surrogacy Practices*. Journal of Human Reproductive Sciences, 11(3), 2018, pp. 212–218.

gli effetti collaterali di interventi chirurgici radicali, come l'isterectomia, sono fattori che precludono la possibilità di concepire e gestire una gravidanza. Per tali donne, la maternità surrogata rappresenta una via per realizzare il desiderio di genitorialità, facendo ricorso a una donna che, pur non essendo la madre genetica, assume il ruolo di madre gestante, portando avanti la gravidanza.

Tuttavia, la gestazione per altri si distingue dalle altre forme di fecondazione assistita principalmente per il coinvolgimento di un terzo soggetto, la c.d. "madre surrogata". A differenza delle tecniche tradizionali di PMA, in cui i genitori biologici sono direttamente coinvolti nella fecondazione e nel processo gestazionale, la GPA implica l'inserimento di una donna che, pur non essendo la madre biologica, accetta di portare avanti la gravidanza per conto di altri. Rispetto ad altre pratiche riproduttive, la GPA comporta una ridefinizione dei ruoli genitoriali e introduce nuove configurazioni familiari. In tali fattispecie, il rapporto di filiazione non risulta più essere determinato in maniera esclusiva dal legame biologico tra madre e figlio, ma si inserisce in un contesto più articolato che coinvolge l'intenzionalità procreativa della coppia committente, il ruolo gestazionale della madre surrogata e la genetica degli eventuali donatori di gameti. In tal modo, le tradizionali configurazioni familiari, basate sul legame biologico e affettivo tra madre e figlio, possono subire una trasformazione significativa, aprendo nuovi orizzonti a differenti forme di parentela non fondate esclusivamente sulla connessione genetica, ma sull'autodeterminazione e sul desiderio di genitorialità.

Inoltre, le moderne tecnologie riproduttive offrono l'opportunità di realizzare il desiderio di genitorialità indipendentemente dall'identità sessuale, aprendo nuove opportunità a coppie omosessuali e individui single che aspirano a diventare genitori. Se da un lato l'introduzione di tali pratiche espande le opportunità di accesso alla genitorialità, dall'altro solleva non poche questioni giuridiche e morali, alimentando un acceso dibattito sul giusto equilibrio tra il diritto al concepimento e la tutela della dignità dei soggetti coinvolti.

§3. Modelli di GPA: altruistica e commerciale

Come già evidenziato nel paragrafo precedente (vd. §2) in relazione agli aspetti medici della gestazione per altri (GPA), è opportuno distinguere tra le seguenti modalità: la surrogazione c.d. *tradizionale*, la surrogazione di utero e la surrogazione c.d. *gestazionale*.²⁹ Tali differenze riguardano in maniera esclusiva il ruolo e la partecipazione della madre surrogata, che può variare a seconda che essa fornisca solo l'utero, o anche l'ovocita, o ancora in caso di una totale separazione tra il materiale genetico e la funzione gestazionale.

Per quanto attiene al profilo giuridico, invece, essa si suddivide principalmente in due categorie fondamentali: la surrogazione altruistica e la surrogazione commerciale. Tali configurazioni divergono in relazione alla causa giuridica sottesa al rapporto tra la madre surrogata e i genitori intenzionali, nonché per le implicazioni economiche e regolatorie ad esse connesse.

La maternità surrogata c.d. *altruistica* si configura quale atto di liberalità, privo di qualsiasi fine lucrativo, ove la gestante agisce in favore di una coppia o individuo senza ricevere alcun compenso economico per il suo ruolo. Alla gestante, in tale contesto, non è in alcun caso fornito alcun compenso avente natura patrimoniale, la quale potrà essere soggetta unicamente ad un possibile rimborso delle spese mediche sostenute in funzione della gravidanza. Tale modalità è spesso riscontrabile in ambiti familiari o tra individui legati da un vincolo fiduciario con i genitori intenzionali, in quanto il movente primario risiede nella volontà di supportare il progetto procreativo altrui. L'assenza di una remunerazione di natura patrimoniale mira a prevenire fenomeni di strumentalizzazione, preservando la gravidanza da una visione puramente economica, in cui la gestante non viene considerata come una prestatrice di servizi ma come una persona che agisce per un fine altruistico e solidaristico. Tale forma di surrogazione, in quanto atto privo di fine lucrativo, è stata talvolta ritenuta compatibile con principi fondamentali quali la dignità della persona, dal momento che la gestante opera senza ricevere una remunerazione, ma

²⁹ Per approfondire, si veda, Mécar, C., *PMA et GPA : des clés pour comprendre*, Paris, Presses Universitaires de France (Collection « Que sais-je ? »). 2019.

esclusivamente il rimborso delle spese sostenute. Sul punto, il Parlamento europeo nella risoluzione del 13 dicembre 2016 ha chiaramente sottolineato che una netta distinzione deve essere fatta tra la surrogazione altruistica e quella commerciale, stigmatizzando quest'ultima quale pratica lesiva della dignità della donna e suscettibile di mercificazione del corpo femminile.³⁰

Di contro, la maternità surrogata c.d. *commerciale* presuppone la corresponsione alla gestante di un emolumento, non limitato al mero rimborso delle spese sostenute durante la gestazione, ma si configura quale compenso per la “prestazione” svolta. Tale prassi, però, parrebbe sollevare accesi dibattiti bioetici, ponendo questioni circa la possibile mercificazione del corpo femminile, minando la dignità della madre surrogata e alimentando possibili dinamiche di sfruttamento. Tali preoccupazioni parrebbero diventare particolarmente acute in contesti socio-economici caratterizzati da forti disuguaglianze, dove la condizione di povertà potrebbe spingere alcune donne a ricorrere alla maternità surrogata per necessità economiche, vedendo nella propria capacità gestazionale una fonte di reddito. Di fronte a tali problematiche, alcuni ordinamenti hanno introdotto normative stringenti, introducendo garanzie per la gestante e per i genitori intenzionali al fine di regolare i rapporti tra le parti e assicurare un'adeguata tutela al nascituro. Altri ordinamenti, invece, ne hanno sancito il divieto assoluto, ritenendola incompatibile con i principi fondamentali di ordine pubblico e con la necessità di impedire possibili fenomeni di tratta e compravendita di minori.

Come si vedrà, nel nostro ordinamento il legislatore ha adottato un'impostazione di totale interdizione. L'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004³¹, recante *norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, sancisce in modo perentorio il divieto di qualsivoglia forma di GPA, prevedendo sanzioni di natura penale per tutti i soggetti coinvolti, ivi compresi i genitori intenzionali e gli eventuali intermediari. Ancora, le

³⁰ Si veda, Parlamento europeo, *Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015* (2016/2009(INI)), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, C 238 del 6 luglio 2018.

³¹ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, pubblicata in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004

Sezioni Unite hanno esplicitamente affermato che il disvalore della GPA commerciale risiede proprio nell'assenza della volontarietà libera da condizionamenti economici, enfatizzando che solo laddove sia presente una scelta veramente autonoma e priva di spinte legate alla precarietà economica della gestante, si potrebbe “discutere di una possibile compatibilità con principi costituzionali ed europei”³². Tali impostazioni riflettono una visione rigorista della normativa, orientata alla prevenzione di fenomeni di strumentalizzazione della maternità e alla tutela della dignità della donna e del minore nato attraverso tale pratica.

§3.1 GPA commerciale: il contratto di maternità surrogata

Come già accennato, fonte di molteplici dibattiti dottrinali e giurisprudenziali è il tema degli accordi di c.d. surrogazione³³. Avendo appena sottolineato la distinzione tra le forme altruistiche e commerciali di maternità surrogata, è opportuno focalizzarsi ora sulle forme di gestazione commerciali e analizzare in questa sede la validità di tale contratto nel nostro ordinamento. La stipulazione del contratto di maternità surrogata di tipo commerciale trova origine nel quadro di una crescente disponibilità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, le quali hanno consentito di scindere le tradizionali fasi del processo riproduttivo. Tale processo, come emerge dall'analisi della dottrina più accreditata, vede chiaramente distinte la fase genetica, la fase gestativa e quella sociale, consentendo di affidare ciascun momento del percorso riproduttivo a soggetti distinti e in certi casi totalmente estranei alla coppia intenzionale.³⁴ In questo scenario, l'accordo commerciale di surrogazione si configura quale risultato naturale di una dinamica contrattuale attraverso la quale i genitori intenzionali, mossi dal desiderio

³² Cfr., Mingardo, G. (2023). *Le Sezioni Unite si pronunciano (nuovamente) sulla gestazione per altri: è stato detto davvero tutto?*. NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO, 2023(1), 1-15.

³³ Gli accordi di surrogazione sono negozi giuridici mediante i quali una donna si obbliga, con o senza corrispettivo, a condurre una gravidanza per conto di terzi, impegnandosi a cedere loro lo status genitoriale del nato, secondo le disposizioni normative dell'ordinamento di riferimento

³⁴ *Infra*, E. Messineo, *Gestazione per altri e integrazione dell'ordinamento*. In *Persona e Mercato*, 1/2024, 2024, p. 198.

di avere un figlio biologicamente proprio, entrano in rapporto negoziale con una donna, che offre, dietro corrispettivo economico, la propria capacità gestazionale e il proprio corpo al fine di portare a termine una gravidanza per conto di terzi.

La configurazione giuridica del contratto di maternità surrogata presuppone necessariamente la presenza di una remunerazione. Il corrispettivo previsto nell'accordo commerciale assume dunque la forma di compenso economico vero e proprio per la prestazione gestazionale, configurandosi come atto tipicamente oneroso, dove la prestazione patrimoniale costituisce elemento fondamentale per la formazione della volontà negoziale e della causa del contratto stesso. Questa caratterizzazione patrimoniale del rapporto viene posta sotto severa critica da parte della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria, che ne evidenzia i rischi di mercificazione del corpo femminile, nonché il potenziale sfruttamento delle condizioni di vulnerabilità economica e sociale delle donne coinvolte.³⁵

Sotto il punto di vista normativo, l'art 1418, comma 1, cod. civ. stabilisce che i contratti contrari a norme imperative sono nulli. In particolare la disciplina contrattualistica di maternità surrogata parrebbe *ictu oculi* contraria a tali norme, segnatamente con quanto disposto dal citato art 12, comma 6, della legge 40/2004, presidiato da una sanzione avente carattere eminentemente penale; nonché dall'art 269, comma 3, cod. civ.³⁶, nella parte in cui viene stabilito che «la madre è colei che partorisce»³⁷, essendo tale norma posta alla base del consolidato principio *mater semper certa est*.

Parrebbe ora opportuno esaminare la questione della nullità del contratto di maternità surrogata anche in relazione ad altri elementi fondamentali del contratto, quali l'oggetto e la causa, ai sensi dell'art. 1418, comma 2, del codice civile. In relazione al primo, considerato che, come stabilito dall'art 5 cod. civ., sono vietati gli atti di disposizione

³⁵ Cfr., A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principî, prassi*. Torino: Giappichelli, 2012, p.139.

³⁶ Codice Civile, art. 269, comma 3: «La maternità può essere giudizialmente accertata con qualunque mezzo idoneo a provare che il figlio è nato dalla donna che si assume essere madre»

³⁷Cfr., Corte di Cassazione, Sezione I Civile, Sentenza 11 novembre 2014, n. 24001

del proprio corpo, quando contrari alla legge, a buon costume e all'ordine pubblico, è pacifico considerare il contratto nullo, sicché i beni in oggetto coinvolgono la disposizione di parti del corpo umano (in questo caso, i gameti e gli organi riproduttivi). Tali beni non possono essere considerati sotto alcuna accezione patrimoniale, in quanto vi si riferiscono diritti di personalità, legati alla sfera intima e non trasferibili in una logica patrimoniale. Questo divieto, posto a tutela dell'ordine pubblico, rappresenta un limite invalicabile nell'ordinamento italiano che preclude qualsiasi riconoscimento degli effetti giuridici di tali contratti, anche quando stipulati all'estero. In questo contesto, il fine lucrativo del contratto di maternità surrogata commerciale emerge con chiarezza quale elemento critico che ne giustifica la reazione ordinamentale sotto il profilo della nullità radicale e dell'applicazione delle sanzioni penali previste dalla normativa vigente. Non può infatti negarsi che la logica economica sottostante a tali pratiche introduca una dimensione contrattuale incompatibile con i principi di dignità e integrità umana tutelati dal nostro ordinamento. Tale incompatibilità si manifesta in tutto il suo vigore nel momento in cui il corpo femminile viene trattato alla stregua di una mera risorsa biologica suscettibile di valutazione economica, in aperto contrasto con i principi costituzionali di tutela della persona e della sua dignità.³⁸

Per quanto attiene alla causa del contratto intesa come funzione economico-sociale dello stesso, questa deve essere lecita, non contraria a norme imperative, all'ordine pubblico³⁹ o al buon costume (così come previsto dall'art. 1343 cod. civ.). Pertanto, per gli stessi motivi sovraesposti, qualsivoglia forma di contratto gestazionale, in riferimento alla causa, risulterebbe essere nullo.

Sarebbe opportuno vagliare un ulteriore profilo di nullità del contratto di gestazione per altri per causa illecita, ai sensi dell'art 1344 cod. civ., disciplinante i contratti in frode alla legge. La *ratio* della norma risiede nell'illiceità della causa contrattuale, qualora il contratto costituisca il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.

³⁸ *Infra*, A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*. Torino: Giappichelli. 2012, p.140

³⁹ Cfr., Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 8 maggio 2019, n. 12193

In tal caso, il contratto non si configurerebbe come un atto *contra legem*, bensì come un atto in *fraudem legis*⁴⁰, nel quale la legge non viene violata direttamente, ma piuttosto elusa attraverso la stipulazione di un contratto che, sebbene formalmente legittimo, ha lo scopo di aggirare norme imperative, rendendolo quindi qualificabile come un contratto indiretto.

Nel contesto della definizione di liceità dell'accordo, e in particolare distinguendo tra surrogazione altruistica e commerciale, va notato come una pronuncia del Tribunale di Roma del 2000 parrebbe aver riconosciuto la legittimità di alcune forme di contratto di surrogazione della maternità⁴¹, in particolare di quelle connotate dalla gratuità dell'accordo. In tale pronuncia, il giudice introduce una riflessione sul concetto di maternità, che apparendo tuttora soggetto a profonde trasformazioni deve necessariamente prendere avvio dal fondamento codicistico, suffragato dalla scienza medica e dalla tradizione giuridica, secondo cui «la madre è colei che partorisce».⁴²

Tuttavia, le moderne tecniche di riproduzione assistita hanno posto in crisi tale concezione, ponendo dubbi circa la tradizionale concezione giuridica della maternità. In tale contesto, il giudice si interroga se il consenso espresso ai fini della gestazione per altri, purché concesso nel rispetto della salute e delle condizioni di vita della madre surrogata, non ispirato da finalità speculative o mercificatrici e motivato dall'intento di rispondere a un'esigenza profondamente radicata nella sfera individuale, possa essere interdetto a priori.

Nel dibattito dottrinale parrebbe delinearsi una posizione che, in una prospettiva *de iure condendo*, opera una netta distinzione tra le figure della madre genetica e della madre gestante. Quest'ultima, pur avendo portato a termine la gravidanza, non verrebbe qualificata come soggetto legato geneticamente al nascituro, ma piuttosto come colei che, mediante il proprio corpo, ha consentito la nascita di un bambino concepito con l'ovulo di una donna differente. Il nostro ordinamento, tuttavia, sembra riconoscere la

⁴⁰ Il contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) è un accordo volto a eludere l'applicazione di una norma giuridica, anche se non imperativa. In questi casi, l'ordinamento considera la causa illecita, determinando la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c.

⁴¹ *Infra*, Tribunale civile di Roma, Sez. XI, Ordinanza 14 febbraio 2000,

⁴² Si veda, Corte di Cassazione, Sezione I Civile, Sentenza 11 novembre 2014, n. 24001

madre gestante come madre giuridica, attribuendo un ruolo determinante alla madre genetica nella definizione dell'identità del nascituro. In questa prospettiva, la madre gestante viene considerata come una figura accessoria, la cui funzione potrebbe, in un futuro non troppo lontano, essere sostituita da dispositivi tecnologici avanzati, data la separazione crescente tra il ruolo biologico e quello gestazionale. Tuttavia, *de iure condito*, il giudice non può prescindere dall'attuale quadro normativo, che costituisce il fondamento di tutela degli *status filiationis*, e che richiede una valutazione rigorosa delle implicazioni della fattispecie. Nei casi di maternità surrogata, l'interrogativo su chi sia la "vera" madre non trova risposta univoca, nemmeno in ambito scientifico, poiché entrambe le donne sono causalmente necessarie al processo che conduce alla nascita, sia sotto il profilo genetico che gestazionale. Tuttavia, il nodo cruciale risiede nella determinazione della figura chiamata ad assumere la responsabilità genitoriale dopo la nascita, e nel discernere quale delle due donne debba essere considerata socialmente responsabile della sua crescita.

Emergono, pertanto, nuove categorie concettuali, che si distaccano dalla tradizionale correlazione tra maternità giuridica e legame biologico, ponendo al centro la nozione di "maternità responsabile". Tale prospettiva, ritenuta più adeguata a tutelare il benessere del minore, si propone di garantire un ambiente familiare stabile e favorevole allo sviluppo della sua personalità. Da tale visione discende in modo inevitabile, il riconoscimento del diritto della madre surrogata a mantenere un legame affettivo con il bambino, a seguirne la crescita e a partecipare attivamente alla sua vita. In tale ottica, l'accordo che preveda la rinuncia della madre surrogata al proprio legame con il bambino appare giuridicamente inaccettabile e non suscettibile di essere avallato dalla giurisprudenza.

Spetta, dunque, al giudice l'onere di esaminare con massima attenzione le peculiarità di ciascuna fattispecie concreta, valutandone la complessità alla luce delle specifiche dinamiche affettive, emotive e relazionali che ivi la caratterizzano. Il diritto, infatti, non può prescindere dall'unicità di ciascuna situazione, riconoscendo la sua irriducibile specificità. Il parametro determinante per la valutazione dell'ammissibilità di un accordo

di maternità surrogata deve essere individuato nell'interesse giuridicamente apprezzabile della coppia, inteso come il diritto all'autodeterminazione nella sfera genitoriale, che riflette la libertà di decidere riguardo alla propria procreazione e alla configurazione della propria famiglia.

Tale giudizio di meritevolezza trova ulteriore fondamento nel riconoscimento, da parte della Corte Costituzionale, del diritto alla vita dell'embrione fin dal suo inizio.⁴³ In questa ottica, la sostituzione dello *status* familiare originario può essere giustificata esclusivamente qualora, a seguito di un attento controllo giudiziale, emerga l'inidoneità della famiglia di origine a garantire un ambiente favorevole allo sviluppo della personalità del minore. In tal caso, la semplice persistenza formale di un vincolo giuridico non può più essere considerata meritevole di tutela, poiché la sua tutela non risponde più all'interesse superiore del minore, che deve essere il vero parametro guida nelle decisioni relative alla sua crescita e al suo benessere.⁴⁴

Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale di Roma giunge alla legittima conclusione che l'accordo di maternità surrogata, qualora ispirato da finalità solidaristiche ed eticamente accettabili, e volto alla realizzazione di un progetto genitoriale che rispetti l'interesse superiore del minore, debba essere ritenuto ammissibile e legittimo.

Una più recente sentenza della Corte di Cassazione⁴⁵ ha ribadito un principio fondamentale in tema di riconoscimento dei provvedimenti giuridici stranieri in materia di filiazione: la filiazione derivante dalla maternità surrogata, in cui si riconosce il genitore d'intenzione, non può essere automaticamente riconosciuta nel nostro ordinamento, poiché tale riconoscimento sarebbe incompatibile con l'ordine pubblico. Il giudice di ultime cure ha chiarito che la pratica della maternità surrogata, sebbene non possa essere esclusa a priori, debba essere sottoposta a una rigorosa valutazione caso per caso e non possa essere oggetto di trascrizione automatica nei registri dello stato civile

⁴³ Cfr., Corte Costituzionale, Sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975.

⁴⁴ Si veda, A. Ferrato, *La tutela penale del diritto a nascere*, CEDAM, Padova, 2017, p.67 e ss.

⁴⁵ Cfr., Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162

italiano. Tale esclusione ha come obiettivo quello di disincentivare la mercificazione del corpo femminile, che potrebbe portare all'esposizione delle donne più vulnerabili a forme di sfruttamento economico e sociale, mettendo a rischio la loro dignità e compromettendo, al contempo, quella della persona umana.

La Corte osserva che la sentenza della Corte Costituzionale del 2021⁴⁶, pur qualificandosi come una decisione di inammissibilità-monito, non avrebbe determinato alcun vuoto normativo, come taluni avrebbero ritenuto, bensì avrebbe sollecitato un intervento del legislatore volto ad adeguare la disciplina vigente in materia di adozione in casi particolari, tale da rispondere in modo più adeguato alle criticità derivanti da una possibile lacuna di tutela per i soggetti. La Corte Costituzionale ha infatti rilevato una tutela carente circa i diritti del minore, sottolineando la necessità di un intervento legislativo che disciplini adeguatamente la filiazione in tali contesti, senza tuttavia giungere a una declaratoria di illegittimità costituzionale. Ne consegue che la giurisprudenza non può supplire all'inerzia del legislatore, ma deve limitarsi a un'interpretazione conforme ai principi costituzionali e sovranazionali. Nelle more di un adeguamento normativo, spetta dunque ai giudici operare un bilanciamento che, pur tenendo conto della realtà fattuale, garantisca il rispetto dei principi inderogabili dell'ordine pubblico.

In tale panorama, si colloca una più recente sentenza della Corte Costituzionale⁴⁷, che dichiara l'incostituzionalità di una norma, nella parte in cui vietava ai parenti dell'adottante di stabilire rapporti civili con i minori adottati in casi particolari. Tale

⁴⁶ La sentenza n. 33 del 2021 della Corte Costituzionale ha trattato il tema del riconoscimento in Italia di decisioni giudiziarie straniere che attribuiscono la genitorialità a chi ha fatto ricorso alla maternità surrogata, pratica vietata dalla legge italiana (ex art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004). La Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Cassazione riguardo al divieto di riconoscimento automatico di tali provvedimenti per contrasto con l'ordine pubblico. Tuttavia, ha evidenziato che l'attuale normativa non tutela adeguatamente i diritti del minore e ha sollecitato un intervento legislativo per garantire una protezione più efficace. In particolare, la Corte ha indicato che il legislatore dovrebbe individuare soluzioni alternative, come l'adozione in casi particolari, per garantire al minore il diritto a una vita familiare nel rispetto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ponendo in luce il delicato equilibrio tra il divieto di maternità surrogata e la tutela del benessere del bambino.

⁴⁷ *Infra*, Corte Costituzionale, Sentenza n. 79 dell'8 marzo 2022.

intervento ha inciso significativamente sull'assetto normativo vigente, favorendo un'interpretazione più elastica, in cui l'assenso del genitore biologico non costituisca più un ostacolo insormontabile, bensì come un elemento da ponderare alla luce del superiore interesse del minore.

La giurisprudenza ha riconosciuto che la normativa sull'adozione non legittimante⁴⁸ potrebbe fornire una protezione adeguata anche ai minori nati tramite maternità surrogata, purché si realizzi una valutazione accurata e personalizzata da parte della magistratura, in ossequio ai principi di celerità ed effettività.

Il riconoscimento dei provvedimenti giuridici stranieri in materia di maternità surrogata richiede un'attenta disamina, che prenda in considerazione non solo i principi costituzionali, ma anche quelli sanciti dal diritto internazionale e sovranazionale. Tale riconoscimento deve essere esaminato alla luce del diritto vivente, che, per sua natura, è in costante evoluzione. L'ordine pubblico internazionale non si configura quale concetto statico, ma risulta essere un concetto dinamico, suscettibile di adattamento ai mutamenti sociali e culturali che caratterizzano epoche determinate. Ne consegue che la questione del riconoscimento degli effetti di una sentenza straniera in tema di maternità surrogata dipende dalla sua compatibilità con i principi inderogabili che fondano l'ordine pubblico, tanto nazionale quanto internazionale, il quale presuppone il rispetto dei valori universali e delle norme che tutelano la dignità della persona e la sua integrità.

Nel contesto della maternità surrogata, la questione nodale concerne la compatibilità della genitorialità intenzionale con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico. La libertà di autodeterminazione degli individui nel formare una famiglia

⁴⁸ L'adozione non legittimante, disciplinata dall'art. 44 della legge n. 184/1983, costituisce un istituto volto a garantire la tutela del minore senza determinare l'integrale rescissione dei legami giuridici con la famiglia d'origine, a differenza dell'adozione legittimante. La giurisprudenza ha qualificato tale forma di adozione come strumento di protezione del superiore interesse del minore, particolarmente nei casi in cui sussista un preesistente legame affettivo e relazionale meritevole di tutela. In tal senso, la Cassazione civile, Sezioni Unite, sent. n. 9006/2021, ha evidenziato la funzione integrativa dell'istituto rispetto alla filiazione biologica, mentre la Corte Costituzionale, sent. n. 79/2022, ha ribadito la necessità di interpretazioni conformi ai principi costituzionali e sovranazionali in materia di tutela dei diritti del minore, anche in contesti familiari atipici, quali la *c.d. stepchild adoption*.

appare senza dubbio un diritto fondamentale, ma richiede un attento bilanciamento con il rispetto dei diritti della donna e del minore. La pratica della surrogazione potrebbe in alcuni casi, comportare rischi di sfruttamento, in particolare misura per le donne a maggior rischio di vulnerabilità economica e sociale, e necessita di essere valutata scrupolosamente affinché non diventi strumento per la mercificazione della vita umana. In tale prospettiva, l'interesse del minore emerge senza dubbio quale principio guida di ogni decisione giuridica riguardante la filiazione. Questo interesse non si limita alla sua sicurezza e benessere materiale, ma si estende anche alla sua tutela affettiva, psicologica e giuridica.

Infine, va rilevato che l'adozione in casi particolari, disciplinata dall'art. 44, lett. d), della legge n. 184 del 1983⁴⁹, (il cui esame sarà trattato più dettagliatamente nel Cap. II, § 2.3) rappresenta uno strumento che consente di garantire una protezione adeguata al minore, pur nel rispetto dei principi di ordine pubblico. Tale misura parrebbe consentire di tutelare il bambino nato da maternità surrogata senza compromettere i valori fondamentali dell'ordinamento, rappresentando una soluzione equilibrata che parrebbe idonea a conciliare i diritti del minore, della donna e dei genitori intenzionali, nel pieno rispetto della tutela della dignità umana.

§ 4. I diritti del minore: *best interest of the child* e principio di non discriminazione

Di notevole rilevanza in questa sede, appare essere "l'interesse superiore del minore" (c.d. *best interest of the child*). Questo concetto permea ogni ambito della vita del bambino, tanto nella sua dimensione individuale quanto in quella collettiva,⁵⁰ imponendo che qualsiasi decisione concernente i minori garantisca la piena ed effettiva realizzazione dei diritti sanciti nella "Convenzione sui Diritti dell'Infanzia". Tale

⁴⁹ Legge 4 maggio 1983, n. 184, Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 133 del 17 maggio 1983, Supplemento Ordinario n. 28.

⁵⁰ Si veda a tal proposito, Bianca, C. M., *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, collana "I grandi temi del diritto", Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012, p. 238 e ss.

principio trova espressa consacrazione dall'articolo 3 della citata Convenzione ed è stato ribadito a più riprese dalla Commissione Europea. A livello sovranazionale, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, all'articolo 24, comma 2, prevede che ogni atto, sia di natura pubblica sia privata, debba essere ispirato alla tutela prioritaria dell'interesse superiore del minore.

Si richiama adesso l'articolo 24, comma 2 di detta convenzione, il quale stabilisce che: “In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente”.

Tale principio è strettamente legato ad una concezione sistemica dello sviluppo del bambino, includente il suo benessere fisico, materiale, emotivo e psicologico. L'assenza di una regolamentazione esplicita della maternità surrogata in taluni ordinamenti giuridici parrebbe determinare una situazione di precarietà per i bambini nati attraverso tale pratica, esponendoli al rischio di un “limbo giuridico” in cui non trovano riconoscimento né nella normativa nazionale né in quella internazionale. Questa situazione potrebbe comportare la negazione di diritti fondamentali, quali la cittadinanza e il riconoscimento della filiazione intenzionale, rendendo necessaria una riflessione approfondita sulle implicazioni giuridiche, tanto a livello nazionale quanto in ambito transnazionale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, pur riconoscendo agli Stati un ampio margine di apprezzamento in merito alla regolazione della maternità surrogata, sottolinea che il criterio preminente in ogni decisione debba essere l'interesse del minore nato tramite tale pratica, valutato sia nell'ambito dell'ordinamento nazionale che nel contesto normativo sovranazionale. L'ordinamento giuridico italiano e quello internazionale riconoscono la protezione dell'identità personale quale diritto fondamentale, inscindibile dal supremo interesse del minore. Il concetto di identità personale include il diritto al nome, all'identità sessuale e all'identità individuale.

La riforma della filiazione, introdotta con la legge 219/2012 e il decreto legislativo 154/2013⁵¹, ha introdotto per la prima volta nel codice civile il concetto di identità personale. In particolare, l'articolo 262, comma 3, sancisce la tutela l'identità del figlio nato *more uxorio*, consentendogli di scegliere il cognome secondo modalità specifiche qualora questo costituisca elemento distintivo della sua appartenenza sociale.

Al contempo, la Corte di Strasburgo ha affrontato in numerose occasioni la questione del diritto all'identità personale, in particolare in relazione alla conoscenza delle proprie origini biologiche, riscontrando sistemiche violazioni dell'articolo 8 della CEDU in casi in cui uno Stato membro, come l'Italia, abbia impedito a un figlio adottato di accedere alle informazioni relative alle proprie origini biologiche. La conoscenza delle proprie origini costituisce ad oggi un interesse fondamentale della persona e rientra a pieno titolo nel diritto all'identità personale.

L'interesse superiore del minore rappresenta un principio cardine tanto nell'ordinamento giuridico nazionale quanto in quello sovranazionale, consolidandosi come una priorità inderogabile nelle decisioni che riguardano la vita del minore. In tal senso, l'articolo 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea sancisce inequivocabilmente che l'interesse superiore del minore debba prevalere in tutte le decisioni che possano influire sulla sua vita e sul suo benessere, imponendo agli Stati membri un dovere di tutela ineludibile. La Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e Adolescenza,⁵² adottata a New York nel 1989 e ratificata dall'Italia nel 1991, fornisce un quadro normativo internazionale in cui l'interesse superiore del minore assume un ruolo preminente, imponendo alle istituzioni pubbliche e private, ai tribunali e alle autorità amministrative

⁵¹ Cfr., Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*, pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale, n. 5 dell'8 gennaio 2014.

⁵² La Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC - Convention on the Rights of the Child), adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dalla maggior parte degli Stati, tra cui l'Italia nel 1991, è un trattato internazionale che tutela i diritti fondamentali dei bambini e degli adolescenti. Essa stabilisce che i bambini devono godere di diritti civili, politici, economici, sociali, culturali, e di protezione, riconoscendo loro una posizione giuridica speciale in quanto soggetti vulnerabili.

e legislative di orientare ogni loro decisione e intervento in funzione di tale principio. Anche nell'ordinamento italiano, l'articolo 316 del codice civile conferisce al giudice il compito di agire in modo tale da garantire la tutela dell'interesse del minore e preservare l'unità familiare, soprattutto nei casi di conflitto tra i genitori.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha altresì ribadito che l'articolo 8 della CEDU, relativo alla tutela della vita privata e familiare, impone agli Stati l'obbligo di garantire la preminenza dell'interesse del minore, a prescindere dalla natura del legame genitoriale, sia esso biologico o di altra natura. La questione della gestazione per altri è stata oggetto di numerose pronunce della Corte, la quale ha analizzato la complessità della materia sotto i profili etico, giuridico, scientifico e culturale.

Un caso emblematico in tal senso è quello di una coppia italiana che nel 2010 si avvale della maternità surrogata in Russia. Essa si è vista negare il riconoscimento dell'atto di nascita del bambino da parte dell'ufficiale di stato civile italiano, nonostante l'iniziale rilascio dei documenti da parte del consolato. La coppia ha dunque adito la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha condannato l'Italia per non aver bilanciato adeguatamente gli interessi in gioco e per aver violato il diritto alla vita privata e familiare del minore.

La Corte ha sostenuto che, pur in assenza di un legame giuridico formale tra la coppia e il bambino, fosse comunque emersa una relazione familiare *de facto*, la quale avrebbe dovuto prevalere sulle considerazioni di ordine pubblico e sulle politiche sanzionatorie adottate dallo Stato. Secondo la Corte, tale legame affettivo e relazionale, che si era stabilito tra i genitori intenzionali e il minore, era di tale rilevanza da giustificare il riconoscimento del diritto alla vita familiare, indipendentemente dalla configurazione giuridica del legame biologico o legale. In linea con tale posizione, la Corte aveva precedentemente affermato simili principi in altre decisioni rilevanti, come nei casi

*Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*⁵³ e *Moretti e Benedetti c. Italia*⁵⁴, riconoscendo l'esistenza di una famiglia di fatto tra i minori e gli adulti che se ne prendevano cura, benché non vi fosse alcun legame giuridico di parentela.

Nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*⁵⁵, come si vedrà, la Corte sebbene abbia ritenuto legittimo l'allontanamento del minore dalla famiglia committente, rilevando che tale misura fosse conforme alla normativa italiana, ha comunque indicato come necessario un più accorto bilanciamento tra il diritto all'identità personale e alla stabilità affettiva del minore, con le esigenze di tutela dell'ordine pubblico.⁵⁶ La sentenza ha posto in evidenza l'urgenza di un approccio maggiormente equilibrato, idoneo a garantire i diritti fondamentali del minore senza trascurare gli interessi dello Stato. Tuttavia, tale tutela deve essere accompagnata dal principio di non discriminazione,⁵⁷ che implica che ogni persona coinvolta, tanto il minore quanto gli altri soggetti, debba essere trattata con il massimo rispetto e dignità, senza subire forma alcuna di esclusione o di disparità di trattamento. In tale contesto, la gestazione per altri, pur rispondendo al desiderio di genitorialità di alcune persone, non può essere considerata una prassi legittima senza un adeguato controllo, comportando rischi di mercificazione del corpo femminile, compromettendo la dignità della donna che si presta a tale pratica.

⁵³ Cfr., Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Sentenza Wagner e J.M.W.L. c. Luxembourg* (Application no. 76240/01)

⁵⁴ Cfr., Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Sentenza Moretti e Benedetti c. Italia* (Application no. 16318/07)

⁵⁵ Cfr., Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia* (Application no. 25358/12)

⁵⁶ Si veda, F. Angelini. *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, p. 202 e ss.

⁵⁷ Il principio di non discriminazione è sancito dall'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e dall'art. 2 della Convenzione sui Diritti del Fanciullo (CRC), che stabiliscono che ogni persona deve essere trattata senza discriminazioni di qualsiasi tipo, compresi sesso, razza, origine etnica, lingua, religione, opinioni politiche, o altro status. In relazione al caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, la Corte ha sottolineato che la tutela dei diritti del minore non può mai pregiudicare la dignità e i diritti di altre persone coinvolte, inclusi i genitori d'intenzione. La discriminazione in questo contesto potrebbe consistere nell'escludere una parte del nucleo familiare dalla protezione legale o nel trattare in modo dispari coloro che sono coinvolti in pratiche di maternità surrogata, garantendo a tutte le parti coinvolte pari diritti e dignità, senza alcuna forma di esclusione o disparità di trattamento.

La genitorialità che scaturisce da tale pratica deve essere sottoposta a una rigorosa valutazione, in ossequio ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano e internazionale. In particolare, la trascrizione automatica di un provvedimento giuridico che riconosca il “genitore d'intenzione” non sarebbe compatibile con tali principi.

Tutto ciò denota a chiare lettere la complessità della questione e la necessità di una risposta globale che garantisca un'adeguata protezione per tutte le parti coinvolte. L'azione frammentata e talvolta disomogenea dei singoli Stati si rivela, infatti, insufficiente per affrontare efficacemente le problematiche sollevate dalla maternità surrogata e dalle sue implicazioni. Pertanto, un coordinamento internazionale risulta imprescindibile per garantire il rispetto dei diritti fondamentali, con particolare attenzione all'interesse superiore del minore.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DELLA GESTAZIONE PER ALTRI

SOMMARIO: **1. Evoluzione normativa** - 1.1. L'introduzione della legge 40/2004 - 1.2. La riforma della legge 40/2004: l'introduzione della punibilità extraterritoriale con la legge n. 169/2024 - **2. Normativa nazionale: profili penali ed extra-penali** - 2.1. Profili penali della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita: osservazioni generali sull'art. 12 comma 6 della legge n. 40/2004 - 2.1.1. Il delitto comune di pura condotta - 2.1.2. Le condotte alternative del delitto (*realizzare, organizzare, pubblicizzare*) - 2.1.3. L'elemento soggettivo: dolo e concorso di persone nel reato (art. 110 c.p.) - 2.1.4. Il bene giuridico protetto: la dignità e l'integrità umana - 2.1.5. Reato di danno o di pericolo? - 2.1.6. *Locus commissi delicti*: analisi del luogo di commissione del reato nella disciplina previgente - 2.2. Ulteriori reati - 2.2.1. Reato di Alterazione di stato (art. 567 co. 2 c.p.) - 2.2.2. Reato di false comunicazioni a pubblico ufficiale (art. 495 co. 2 n. 1 c.p.) - 2.3. Profili extra-penali: il riconoscimento dello *status filiationis* (adozione per casi particolari) - **3. Giurisprudenza nazionale** - 3.1. Corte Costituzionale: sentenze n. 272/2017 e n. 33/2021. Il concetto di dignità e il riconoscimento dello *status filiationis* - 3.2. Corte di Cassazione: sentenze n. 12193/2019 e n. 38162/2022. La trascrizione degli atti di nascita e punibilità della GPA all'estero - **4. Normativa e giurisprudenza sovranazionali** - 4.1. Rilevanza degli artt. 8, 12, 14 CEDU e artt. 7, 21, 24 CDFUE - 4.2. Pronunce della Corte Europea dei Diritti Umani: Sentenza *Mennesson c. Francia* (2014), n. 65192/11; Sentenza *Labassee c. Francia* (2014), n. 65941/11; *C c. Italia* (2023), n. 47196/21). Il riconoscimento dello *status* dei minori nati da GPA.

§ 1. Evoluzione normativa

§ 1.1. L'introduzione della legge 40/2004

La procreazione medicalmente assistita si configura come un fenomeno di elevata complessità, coinvolgente una pluralità di profili, non solo di ordine medico, biologico e psicologico, ma anche giuridico, socio-istituzionale ed etico-deontologico. Ridurre tale tematica a una mera

CAPITOLO II

contrapposizione ideologica tra visioni progressiste e posizioni oscurantiste, o tra laici e confessionali, appare un esercizio riduttivo e privo della necessaria profondità analitica.

La prima disciplina normativa approvata dal Parlamento italiano, dopo reiterati tentativi e un lungo percorso travagliato, spesso etichettata da taluni come misogina, fondamentalista e talvolta "socialmente non condivisa" (nella prassi, non suffragata da riscontri empirici), rappresenta in realtà il risultato composito di un compromesso legislativo tra differenti sensibilità culturali e politiche presenti nel Paese. Essa costituisce, pertanto, un ausilio giuridico per le coppie in condizioni di difficoltà riproduttiva e un contributo normativo volto a disciplinare una materia fino ad allora regolata in modo frammentario e disorganico.

Il contributo fornito da studiosi, organi giurisdizionali e rappresentanti parlamentari, sia italiani che stranieri, si è rivelato determinante, avendo condotto a numerosi ripensamenti legislativi e sollecitato l'intervento di organismi sovranazionali. Sin dagli anni Ottanta, il dibattito parlamentare si è più volte riaperto sulla questione, senza pervenire, per lungo tempo, a un esito legislativo concreto. La mancanza di una normativa compiuta aveva determinato una situazione di sostanziale *vacatio legis*, ritenuta inaccettabile in ragione dell'importanza etica e, soprattutto, giuridica delle problematiche sollevate dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA).

La classe politica, in maniera trasversale, condivideva la consapevolezza che, all'alba del terzo millennio, in Italia persistesse un vero e proprio "*far west*" giuridico in ambito procreativo.¹ Tuttavia, le difficoltà nel raggiungere un equilibrio normativo condiviso hanno prolungato l'elaborazione della disciplina per circa vent'anni. Nonostante l'assenza di una legislazione organica, esistevano già strumenti regolatori di rango inferiore, quali circolari ministeriali, ordinanze e disposizioni deontologiche, che, pur con valore limitato, offrivano un quadro di riferimento alle pratiche di PMA, inclusa la maternità surrogata.

In particolare, la circolare del Ministero della Sanità del 1985² fissava i limiti di liceità dell'inseminazione artificiale, vietando la fecondazione eterologa nei centri pubblici, sebbene tale pratica continuasse ad essere attuata in strutture private, anche da parte di coppie non coniugate escluse dall'accesso nei centri pubblici. Le ordinanze del 1997, emanate in risposta ai progressi scientifici e alle preoccupazioni bioetiche, proibivano qualsiasi forma di compenso economico o

¹ Cit., A. Ferrato, *La tutela penale del diritto a nascere*, CEDAM, Padova, 2017 p. 213

² Si richiama, a tal proposito, una delle circolari dell'allora ministro della sanità Degan, che permise di offrire una regolamentazione ai centri di PMA

pubblicità nella cessione di gameti e embrioni, nonché ogni sperimentazione volta alla clonazione, umana o animale. Inoltre, il Codice Deontologico dei medici del 1995 vietava espressamente la surrogazione di maternità, posizione ribadita anche dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel 1994. Fino al 2004, le pratiche di procreazione assistita risultavano lecite anche nella forma della fecondazione eterologa, senza limiti oggettivi o soggettivi rilevanti. Tuttavia, tale permissività era temperata dalla portata limitata delle disposizioni vigenti, che si applicavano unicamente alle strutture pubbliche o convenzionate, escludendo di fatto i centri privati da controlli stringenti. Tale carenza normativa non è passata inosservata né alla dottrina né alla giurisprudenza, entrambe attente e consapevoli della problematicità del contesto.

Già trent'anni fa, la dottrina di Rodotà aveva messo in guardia circa le difficoltà che il legislatore avrebbe incontrato nel disciplinare la materia della riproduzione artificiale, evidenziando come l'Istruzione Vaticana *Donum Vitae* del 1987, nota anche come “*Documento Ratzinger*”³, avrebbe potuto irrigidire il dibattito parlamentare, rendendo problematica l'adozione di una normativa che si discostasse da quelle posizioni dottrinali. Le sue preoccupazioni si rivelarono fondate: il lungo *iter* culminato nell'approvazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40, ha visto confrontarsi istanze eterogenee, spesso antitetiche. A distanza di circa un quarto di secolo, gli elementi di criticità prefigurati da illustri studiosi si sono manifestati in modo evidente nel travagliato iter parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40, rubricata “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, la quale rappresenta il primo intervento legislativo organico volto a disciplinare, in maniera sistematica, le pratiche di fecondazione assistita nel nostro ordinamento.

Tale *corpus normativo* costituisce l'esito finale di un procedimento legislativo di particolare complessità e durata. Basti considerare che la proposta legislativa, presentata dall'onorevole Marida Bolognesi — deputata del Partito Democratico della Sinistra — quale sintesi di una pluralità di progetti depositati negli anni, ha avviato il proprio iter parlamentare solo nel 1997. Tuttavia, l'eco del dibattito pubblico su tali tematiche risale a epoche ben precedenti, essendo noto che il primo caso di nascita da fecondazione in vitro (Louise Brown) risale al 1978.⁴ Questa distanza temporale è indice della difficoltà, tanto politica quanto culturale, di affrontare con coerenza sistematica e

³ Per approfondimento, si veda *Istruzione Donum Vitae, sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione a cura di Congregazione per la Dottrina della Fede Lev, Città del Vaticano 1987*.

⁴ Per approfondimento, si veda, M.J. Bonnet, N. Athèa, C. Pivetti, S. Guerini, G. Corea, PMA. *Procreazione medicalmente assistita*. Edizione integrale, Novalogos, 2020., p. 11 e ss.

visione unitaria un ambito così delicato, permeato da profili giuridici, etici, bioetici e sociali di non facile composizione.

La contraddizione, invero, costituisce la cifra costante dell'evoluzione normativa sulla procreazione medicalmente assistita nel contesto italiano. In particolare, la fase embrionale del percorso normativo — collocabile tra la metà degli anni Ottanta e i primi anni Novanta — è connotata, da un lato, dalla crescente consapevolezza circa la necessità di una disciplina positiva e, dall'altro, dalla persistente assenza di un quadro legislativo certo, che ha determinato un fenomeno definito, non senza critiche, come “turismo procreativo”, ossia la tendenza di numerosi soggetti a rivolgersi a ordinamenti stranieri per ovviare ai limiti — o alla mancanza — della normativa nazionale.

In tale contesto, l'assenza di una cornice normativa coerente si scontrava con la rapida evoluzione delle tecnologie biomediche, generando disallineamenti tra l'innovazione scientifica e la regolamentazione giuridica. A fronte di ciò, l'ordinamento italiano ha cercato di contenere tali dinamiche mediante un insieme eterogeneo di strumenti sub-legislativi (circolari ministeriali, linee guida amministrative, disposizioni deontologiche), i quali, tuttavia, si sono rivelati spesso frammentari, disomogenei e privi della forza coercitiva propria della fonte primaria.

La prima proposta formalmente strutturata volta a regolamentare la materia fu depositata presso la Camera dei Deputati il 16 novembre 1983, con il numero 852. Un anno più tardi, il Ministero della Sanità, con decreto del 31 ottobre 1984, istituì una Commissione di studio interdisciplinare — presieduta dal Professor Fernando Santosuosso — incaricata di approfondire i profili bioetici, giuridici e sanitari delle pratiche di procreazione assistita.⁵

È opportuno ricordare, altresì, che il primo tentativo normativo di disciplina dell'inseminazione artificiale risale addirittura al 25 novembre 1958, ad opera dei deputati Gonella e Manco. A questo fece seguito, l'8 aprile 1959, una proposta presentata dagli onorevoli Riccio, Russo Spena e Frunzio, e successivamente, nel 1963, una nuova proposta a firma dell'onorevole Stefano Riccio. Tuttavia, nessuna di queste iniziative legislative riuscì a concludere il proprio iter con l'adozione di una normativa positiva. Nel corso della successiva legislatura, il deputato Stefano Riccio ripresentò un nuovo progetto normativo il 29 maggio 1963. Anche tale iniziativa, tuttavia, non giunse a conclusione positiva. Analoga sorte conobbero numerose altre proposte di legge presentate nel

⁵ *Infra*, Alice Ferrato, Op. Cit. p. 213

medesimo ambito in tutte le legislature che seguirono, rivelando un persistente stallo legislativo su una materia tanto delicata quanto complessa.

Un ruolo di primaria importanza fu assunto dalla c.d. Commissione Santosuosso, che contribuì in modo significativo alla definizione di proposte legislative concernenti la procreazione medicalmente assistita (PMA), mediante l'analisi congiunta dei profili tecnici, bioetici, organizzativi e, in particolare, giuridici. Le proposte formulate da tale organismo includevano sia l'inseminazione omologa tra coniugi, sia quella eterologa, ossia mediante utilizzo di gameti da donatori terzi. L'orientamento sottostante mirava a garantire che la procreazione costituisse una libera scelta personale, pur dando priorità alla tutela del nascituro, alla salvaguardia dell'unità familiare e all'interesse generale della collettività.

In tale prospettiva, si optò per la valorizzazione del modello familiare tradizionale, limitando l'accesso alle tecniche di PMA alle sole coppie coniugate e vietando in modo esplicito ogni forma di maternità surrogata. Si stabiliva altresì che lo status materno dovesse spettare alla donna che avesse effettivamente partorito il minore, con ciò rafforzando l'indissolubile legame giuridico tra parto e filiazione.⁶

In seguito, un'ulteriore proposta normativa venne redatta dalla Commissione presieduta dal Prof. Giovanni Busnelli, la quale si distinse per un approccio pluralista, volto a recepire il dibattito dottrinale sul grado di liceità delle tecniche di procreazione assistita, incentivando il dialogo interdisciplinare e la ricerca di soluzioni normative condivise. Uno degli elementi centrali della proposta fu il riconoscimento della PMA come atto medico a carattere terapeutico, orientato alla tutela della salute — anche psico-fisica — del paziente, inteso come soggetto portatore di un diritto alla salute costituzionalmente garantito.

Tuttavia, il progetto sollevò riserve e critiche da parte di alcuni settori dell'opinione pubblica e della dottrina, i quali ritennero eccessive le restrizioni e le misure di cautela previste, reputandole potenzialmente lesive dell'autonomia individuale e della piena esplicazione dei diritti riproduttivi delle donne.⁷

⁶ Cfr., F. Santosuosso, altri, *La procreazione medicalmente assistita; commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40, Teoria pratica dir. I: dir. e proc. civ.*, Giuffrè, 2004, pp. 24 e ss.

⁷ *Infra*, C. Magnani, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Urbino, Quattroventi, 1999, p.94

In tema di gestazione per altri, la proposta di legge stabiliva il divieto assoluto di surrogazione di maternità, dichiarando nullo qualunque accordo volto a disciplinare tale pratica. Analogo divieto era previsto per ogni forma di intermediazione economica o pubblicitaria finalizzata alla stipulazione di accordi con scopo procreativo, nella volontà di prevenire fenomeni di sfruttamento e mercificazione della condizione di vulnerabilità di determinati soggetti. Si ribadiva, ancora una volta, che gli effetti giuridici della maternità dovessero spettare esclusivamente alla partoriente.

Dall'attività della Commissione di esperti nominata dal Ministro Degan scaturirono due proposte di legge, oltre a due relazioni di approfondimento redatte dallo stesso Presidente Santosuosso, che costituirono un importante patrimonio di riflessione tecnica e giuridica.

Il successivo Testo Unificato sulla procreazione medicalmente assistita, presentato dall'onorevole Marida Bolognesi nel 1998, riprese in modo coerente tale impostazione, sancendo, tra l'altro, il divieto assoluto di ricorso alla maternità surrogata.⁸

Parallelamente, l'evoluzione giurisprudenziale in materia evidenziò un quadro disomogeneo circa la validità ed efficacia degli accordi di surrogazione, soprattutto nei casi in cui tali accordi non comportassero alcuna forma di corrispettivo economico. Le prime pronunce giudiziarie si attestarono su un orientamento restrittivo, dichiarando la nullità di tali accordi. Emblematica, in tal senso, è la sentenza del Tribunale di Monza del 1989⁹, che qualificò il contratto di surrogazione come nullo per contrarietà ai requisiti di liceità e possibilità richiesti *ex art.* 1343 c.c. La decisione sottolineava, in particolare, la mancanza di un consenso libero e informato da parte della gestante e l'illiceità della pattuizione per il carattere oneroso della prestazione, giudicato lesivo di principi costituzionali. Il tribunale ribadiva, infine, il diritto del minore a crescere all'interno del proprio nucleo biologico e vietava ogni atto in contrasto con la legge e il buon costume.

Un ulteriore contributo giurisprudenziale provenne dalla Corte d'Appello di Salerno (1992), che, pur condividendo il giudizio di nullità dell'accordo espresso dal Tribunale di Monza, ritenne che l'illiceità della surrogazione non precludesse, in concreto, l'adottabilità del minore da parte della coniuge del padre biologico. Tale soluzione fu ritenuta, dalla Corte, conforme al superiore interesse del minore, il quale era stato volontariamente affidato dalla madre gestante al padre naturale. Tale

⁸ Cfr., F. Angelini. *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2020, pp. 78-79

⁹ *Infra*, Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, 5 con nota di G. Palmieri, *Maternità "surrogata": la prima pronuncia italiana*, 1990.

soluzione fu ritenuta, dalla Corte d'Appello, la più idonea a salvaguardare l'interesse superiore del minore, il quale era stato volontariamente affidato dalla madre biologica al padre genetico. In una prospettiva evolutiva, alcune pronunce giurisprudenziali successive hanno riconosciuto, in casi specifici, la legittimità di accordi di gestazione per altri, sancendo principi di segno innovativo. L'obiettivo di tali decisioni era quello di attribuire una tutela equilibrata alle diverse posizioni soggettive giuridicamente rilevanti coinvolte, in primis quella del nascituro.¹⁰

In particolare, il Tribunale di Roma, con un'ordinanza del 2000,¹¹ autorizzò l'impianto di embrioni appartenenti a una coppia nell'utero di una terza donna che si era offerta, senza contropartita economica, di portare a termine la gravidanza in favore della coppia. Il giudice riconobbe che il diritto fondamentale alla genitorialità — inteso quale esplicazione del diritto alla procreazione — potesse essere realizzato tanto mediante l'adozione quanto attraverso la trasmissione del proprio patrimonio genetico, anche avvalendosi di tutte le risorse scientifiche disponibili, pur in contrasto con alcune previsioni del Codice Deontologico medico.

L'accordo tra le parti fu qualificato come contratto atipico meritevole di tutela, in quanto manifestazione di una volontà condivisa, ispirata da solidarietà e altruismo, e rispettosa della dignità della vita sin dal concepimento. La fattispecie si distingueva da quella oggetto della pronuncia del Tribunale di Monza, poiché l'embrione impiantato era interamente costituito da materiale genetico della coppia committente e la gestante aveva aderito in forma libera e consapevole, con finalità meramente solidaristiche, alla richiesta di portare avanti la gravidanza.

Il ragionamento del giudice si fondava sul presupposto che, qualora la gestazione fosse stata condotta nel rispetto della salute psico-fisica della donna, senza arrecare pregiudizi permanenti all'integrità personale, la pratica in esame non avrebbe potuto essere ritenuta illecita. In effetti,

¹⁰ Cfr., P. Grimaldi, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e 'best interest of the child'*, in *Famiglia- il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 3, 2017, p.325 e ss.

¹¹ La controversia è sorta in relazione a un progetto di maternità surrogata. In tale occasione, una coppia fertile ma impossibilitata a portare avanti una gravidanza si era affidata, nel 1995, a un medico ginecologo per la crioconservazione dei propri embrioni, con l'intesa che questi sarebbero stati successivamente impiantati nell'utero di una donna terza, disposta ad accoglierli e portare a termine la gestazione per loro conto. Tuttavia, nel momento in cui tale donna veniva individuata, il medico si rifiutava di procedere all'impianto, invocando l'entrata in vigore, nel frattempo, del nuovo Codice Deontologico dei medici (25 giugno 1995), il quale all'articolo 41 introduceva un esplicito divieto di ricorrere a tecniche di surrogazione di maternità. La coppia, ritenendo che il sanitario fosse obbligato a dare esecuzione all'accordo precedentemente concluso, si rivolgeva quindi all'autorità giudiziaria per ottenere un provvedimento che lo autorizzasse — e, di fatto, lo obbligasse — a portare a compimento l'intervento, consistito nel trasferimento degli embrioni crioconservati nell'utero della donna prescelta.

negare la liceità di un tale intervento — paragonabile, nei limiti temporali e nelle modalità di sicurezza clinica, a un prestito d'organo — appariva difficilmente sostenibile, soprattutto alla luce del fatto che l'ordinamento giuridico già ammetteva la donazione di organi tra viventi.¹²

Nel sistema normativo italiano, il giudice è investito del compito di valutare, caso per caso, la soluzione più adeguata per contemperare le esigenze delle parti coinvolte, salvaguardando i diritti fondamentali in gioco. Ciò non comporta, tuttavia, una deresponsabilizzazione del legislatore. Proprio l'importanza dei valori in discussione impone un intervento normativo chiaro e coerente. In tale ottica, la legge n. 40/2004 rappresenta una testimonianza dell'intento del legislatore di affrontare la questione con prudenza e rigore, al fine di garantire una tutela effettiva dei diritti dei soggetti coinvolti e prevenire eventuali forme di abuso della pratica surrogativa nel contesto italiano.

Per un lungo decennio, i soli tentativi di disciplinare la materia si sono limitati a due regolamenti di natura sub-legislativa. Solo nel 1997, sull'onda emotiva suscitata dalla comunicazione della nascita del primo clone animale — la pecora Dolly, annunciata dalla rivista *Science* nel febbraio di quell'anno — si assistette a un rinnovato interesse politico e scientifico per le tecniche di riproduzione assistita.

Sotto la spinta dell'eccezionalità dell'evento e del clamore mediatico, vennero emanate due ordinanze a firma del Ministro della Salute, Rosy Bindi (5 marzo 1997),¹³ volte a vietare in modo generale ogni tipo di sperimentazione finalizzata alla clonazione umana, animale o, in taluni casi, vegetale. Le ordinanze prevedevano altresì il divieto di qualsiasi forma di remunerazione o mediazione commerciale nella cessione di materiale genetico e imponevano l'obbligo di comunicazione dell'esistenza dei centri di PMA — pubblici o privati — alle autorità sanitarie statali e regionali, mediante autodenuncia e trasmissione di dati dettagliati.

Contemporaneamente, l'avvio dell'iter legislativo fu annunciato pubblicamente il 12 marzo 1997 dall'onorevole Marida Bolognesi, presidente della Commissione Affari Sociali della Camera. Grazie alla convergenza di pressioni politiche e all'urgenza percepita a livello istituzionale, si

¹² Si veda inoltre, Tribunale di Roma, ord. 14 febbraio 2000, in *Giust. Civ.*, 2000, 4, 1157-1163, con nota di G. Giacobbe, *La giurisprudenza fonte primaria del diritto?*

¹³ *Infra*, F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la legge n.40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, pp. 78-79

CAPITOLO II

pervenne alla redazione di un testo unificato, volto a costituire un punto di sintesi tra le proposte legislative già in discussione.¹⁴ L'8 luglio 1998, la Commissione Affari Sociali concluse un'approfondita indagine conoscitiva sulle questioni più controverse e, dopo numerose audizioni di esperti, conferì mandato favorevole alla relatrice Bolognesi affinché riferisse in Assemblea.

È interessante notare come, sin dalle prime fasi, il percorso legislativo fu segnato da un'ambiguità di fondo: l'urgenza dell'intervento normativo era infatti in parte derivata da un'imprecisa assimilazione tra le pratiche di clonazione e quelle di fecondazione medicalmente assistita. Questa confusione concettuale contribuì a generare un atteggiamento ostile verso le tecniche di PMA, erroneamente percepite come strumentali a fini sperimentali, quando invece esse erano finalizzate esclusivamente alla cura della sterilità e dell'infertilità.

Nel periodo compreso fino alla XI Legislatura (1994), le proposte legislative presentate in Parlamento erano prevalentemente orientate alla tutela dell'embrione umano. Solo nel 1997, con l'intervento della Commissione XII Affari Sociali della Camera, si registrò un cambiamento di paradigma, con l'elaborazione di un disegno di legge intitolato "Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita", approvato il 27 gennaio 1998.

Durante la successiva XIII Legislatura, vennero depositate ulteriori proposte di legge, tra cui quella dell'on. Maretta Scoca (n. 414) e quella dell'on. Alessandro Cè (n. 4048, del 31 marzo 1998). Tali proposte vennero successivamente accorpate in un testo unificato, approvato dalla Camera il 26 maggio 1999.

Parallelamente, il Senato avviò una fase di esame approfondito del testo, sia in Commissione che in Assemblea, mediante numerose sedute tenutesi fino al 21 giugno 2000. Tuttavia, nonostante il confronto parlamentare e dottrinale, non si giunse all'approvazione definitiva del provvedimento in quella legislatura.¹⁵

Nel corso della XIV legislatura, il Parlamento italiano registrò una notevole attività propositiva in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA), con la presentazione alla Camera dei Deputati di ben sedici proposte legislative, cui si aggiunsero dodici ulteriori iniziative presso il

¹⁴ Si veda, a tal proposito, Camera dei Deputati, XIII Legislatura – Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, Seduta del 15 febbraio 2001, Roma, 2001. Disponibile online: https://documenti.camera.it/_dati/leg13/lavori/bollet/200102/0215/pdf/12.pdf

¹⁵ F. Santosuosso, altri, *La procreazione medicalmente assistita; commento alla legge 19 febbraio 2004*, n.40, Giuffrè,

CAPITOLO II

Senato. A seguito dell'avvio del dibattito parlamentare, si pervenne a un sorprendente processo di armonizzazione delle varie proposte, confluite nel testo unificato n. 1514. Questo testo fu affidato alla relatrice di maggioranza, on. Dorina Bianchi, mentre la relazione di minoranza fu curata dalle onorevoli Maura Cossutta, Laura Cima e Tiziana Valpiana. Dopo un articolato confronto in Aula, la Camera approvò il provvedimento in data 18 giugno 2002.

Successivamente, il testo fu esaminato dal Senato, dove fu oggetto di numerose audizioni e approfondimenti nell'ambito della 12^a Commissione permanente. Il relatore di maggioranza fu il senatore Flavio Tredese, affiancato, per la minoranza, dai senatori Antonio Del Pennino, Tonini e altri. L'Assemblea di Palazzo Madama approvò il disegno di legge in via definitiva l'11 dicembre 2003, rinviandolo poi alla Camera per un'unica modifica riguardante la copertura finanziaria. Dopo tale ultima approvazione, la legge fu pubblicata nella Gazzetta Ufficiale in data 24 febbraio 2004 ed entrò formalmente in vigore il 10 marzo dello stesso anno.¹⁶

L'articolo 18 della legge disponeva la necessità di acquisire il parere della Conferenza Stato-Regioni, ma esclusivamente in relazione ai criteri di riparto del fondo economico, escludendo dunque qualsiasi competenza regionale in merito all'individuazione dei criteri di ammissibilità, dei divieti e delle modalità degli interventi, trattandosi di materia afferente all'"ordinamento civile", rientrante ex art. 117, comma 2, lett. l), Cost., nella competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Il parere favorevole espresso dalla Commissione Affari Costituzionali fu motivato proprio con il riconoscimento della competenza statale esclusiva in materia civilistica e penalistica, e della competenza concorrente in relazione alla tutela della salute. La regolamentazione e il controllo delle strutture pubbliche e private che operano nel settore della PMA rimasero, peraltro, nella sfera di competenza delle Regioni, in conformità al principio di sussidiarietà.

Sebbene non tutte le proposte legislative confluite nel testo unificato fossero state tradotte in disposizioni vincolanti, il processo culminato con l'approvazione della legge del 19 febbraio 2004 segnò un passaggio rilevante nel dibattito parlamentare, configurandosi come punto di sintesi tra le diverse visioni etiche e politiche sul tema. Tale approdo fu il risultato di un lungo confronto, durato oltre vent'anni, animato da tensioni ideologiche e divergenze valoriali.¹⁷

¹⁶ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, pubblicata in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004

¹⁷ Per approfondimento si veda: F. Santosuosso, altri, *La procreazione medicalmente assistita; commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Teoria pratica dir. I: dir. e proc. civ., Giuffrè, 2004

Ai sensi dell'art. 4 del Testo Unificato delle proposte di legge del 1998, il ricorso alle tecniche di PMA era consentito esclusivamente nei casi in cui fosse stata accertata, con adeguata documentazione clinica, la non possibilità di rimuovere altrimenti le cause ostative alla procreazione. Il requisito di "sterilità certa" doveva essere dimostrato mediante diagnosi di sterilità o infertilità con eziologia accertata e irreversibile. La violazione di tali presupposti normativi era sanzionata penalmente con la reclusione per l'operatore sanitario.

Tuttavia, la formulazione iniziale del Testo Unificato, particolarmente permissiva in materia di ricerca e sperimentazione sugli embrioni, fu oggetto di successivi interventi correttivi, volti a introdurre misure più restrittive e a rafforzare la tutela giuridica del concepito. Tra le modifiche rilevanti, si segnalano l'espresso riconoscimento della soggettività giuridica dell'embrione e l'introduzione del divieto di fecondazione eterologa.¹⁸

Giunti a questo punto, il dibattito sulla necessità di un intervento legislativo non era più in discussione: ciò che restava da chiarire era il contenuto sostanziale della regolamentazione e, in particolare, la definizione del perimetro del lecito e dell'illecito nell'ambito della procreazione assistita.

La PMA, infatti, si configura come ambito multidimensionale, caratterizzato da problematicità non solo mediche, biologiche e psicologiche, ma anche giuridiche, deontologiche ed etiche. È perciò riduttivo rappresentare il confronto politico su tali tematiche come una mera dicotomia tra progressisti e conservatori, tra laici e religiosi. La normativa varata nel 2004, pur essendo stata oggetto di aspre critiche — talvolta tacciata di misoginia, fondamentalismo o insensibilità verso i diritti delle donne — rappresenta, nondimeno, il frutto di un compromesso tra visioni eterogenee e spesso inconciliabili.

In dottrina, il dibattito sulla PMA ha evidenziato una netta divergenza metodologica tra coloro che si sono limitati ad applicare i criteri tradizionali di liceità alle singole fattispecie, e quanti, al contrario, hanno evidenziato l'inadeguatezza dell'impianto normativo esistente, proponendo soluzioni alternative in un'ottica *de iure condendo*. L'impostazione normativa risultante riflette inevitabilmente l'influenza di fattori esterni al diritto positivo, quali l'etica, la morale e la religione, costantemente evocati nei dibattiti bioetici.

¹⁸ Cfr., F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, 2020, Napoli: Editoriale Scientifica.

CAPITOLO II

La svolta definitiva nel lungo e tormentato percorso legislativo si ebbe con l'approvazione del testo normativo definitivo il 18 giugno 2002, approvazione confermata, senza alcuna rilevante modifica, da parte del Senato.¹⁹ Il testo, promulgato il 19 febbraio 2004, divenne legge dello Stato.

Tuttavia, sin da subito emersero numerosi profili problematici. Da un punto di vista giuridico, furono sollevate perplessità circa la legittimità costituzionale di alcune disposizioni e sull'efficacia applicativa della norma. Sotto il profilo etico, si rilevò che la legge privilegiava una visione rigida e astratta dei principi, impedendo la costruzione di un'etica civile condivisa fondata sul confronto e sulla gradualità normativa. Infine, dal punto di vista politico-istituzionale, l'approvazione della legge attraverso votazioni di stretta maggioranza rappresentò, per molti, un arretramento nella qualità del dibattito democratico, sostituendo la mediazione con lo scontro ideologico.²⁰

La legge sulla PMA è divenuta così simbolo di un metodo parlamentare improntato alla contrapposizione piuttosto che alla ricerca di soluzioni condivise. Essa ha anticipato una tendenza, oggi diffusa, volta a restringere gli spazi di confronto tra maggioranza e opposizione nelle sedi legislative.

Fin dalle sue prime applicazioni, la legge è stata oggetto di contestazioni, sfociate in ricorsi giurisdizionali volti a tutelare, in concreto, i diritti delle coppie in condizioni di particolare vulnerabilità. Tali vicende, al di là della loro dimensione individuale, hanno contribuito ad alimentare il dibattito pubblico sulla necessità di una revisione del testo legislativo e sulla sua effettiva compatibilità con i principi costituzionali ed europei.

Emblematica, in tal senso, risulta essere la prima pronuncia del Tribunale di Catania, investito della questione da una coppia portatrice sana di anemia mediterranea, la quale sollevava dubbi di legittimità costituzionale circa la disposizione contenuta nella legge n. 40 del 2004 che, impedendo il ricorso alla diagnosi genetica preimpianto, di fatto obbligava all'impianto di embrioni affetti dalla patologia, con conseguente possibilità di dover successivamente ricorrere all'interruzione volontaria di gravidanza.²¹

¹⁹ *Infra*, P. Rescigno, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in Corr. giur., 2002, 8, p. 981

²⁰ Per approfondire, si veda, G. Palmeri, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*. In P.B. Caielli Mia (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (pp. 44-81). Torino : CIRSDDe – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere Università degli Studi di Torino, 2019.

²¹ Cfr., Trib. di Catania, Ord. 3 maggio 2004, in Foro it., 2004, I, 3498

Nonostante la drammaticità delle vicende sottese ai ricorsi, nella fase iniziale dell'applicazione della normativa, la giurisprudenza di merito ha mostrato un atteggiamento sostanzialmente deferente nei confronti della volontà legislativa, evitando un immediato scrutinio di costituzionalità e rinviando qualsiasi intervento correttivo al legislatore stesso. Questo orientamento prudentiale trova conferma nel primo approdo della legge dinanzi alla Corte costituzionale, rappresentato dall'ordinanza n. 369 del 2006. In tale pronuncia, la Consulta ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità sollevata in riferimento all'art. 13 della legge n. 40, in quanto la norma censurata — relativa al divieto di diagnosi preimpianto — risultava, secondo la stessa ordinanza di rimessione, ricavabile anche da altre disposizioni non impugnate e dall'impianto generale del testo legislativo.²²

Con questa decisione, la Corte costituzionale, pur riconoscendo l'esistenza di una problematica rilevante, ha ritenuto di non poter entrare nel merito per vizi formali dell'ordinanza di rimessione, adottando così una posizione che può essere interpretata come una rinuncia all'esercizio della propria funzione di garante della costituzionalità delle leggi. Anche in quel caso, la questione era stata sollevata da una coppia portatrice sana di talassemia, che si era rivolta a un centro specializzato di PMA per poter selezionare, mediante diagnosi genetica, gli embrioni non affetti dalla patologia ereditaria.

A seguito del rifiuto della struttura sanitaria di procedere alla diagnosi preimpianto, e del conseguente rifiuto della coppia di procedere all'impianto degli embrioni, fu adito il Tribunale di Cagliari, che con ordinanza del 16 luglio 2005 sollevò questione di legittimità costituzionale del solo art. 13 della legge. Tuttavia, proprio la mancata impugnazione delle ulteriori disposizioni connesse, come l'art. 14, rese il ricorso formalmente incoerente, offrendo alla Corte una base per dichiarare inammissibile la questione.²³

In questo scenario, mentre una parte della giurisprudenza tentava di consolidare la disciplina vigente, si sviluppava parallelamente un tentativo di modifica normativa attraverso il ricorso allo strumento referendario. La consultazione popolare, proposta tra la fine del 2004 e il 2005, rappresentò un tentativo di ritorno alle radici democratiche del referendum abrogativo, dopo anni in cui tale strumento era stato talora distorto in senso oppositivo o plebiscitario.

²² *Infra*, A. Carrato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le tematiche connesse nella giurisprudenza costituzionale*, Servizio Studi Corte costituzionale, STU319, marzo 2021, p.11

²³ Cfr., Tribunale di Cagliari, sent. 24 settembre 2007, In Corr. giur., 3, 383, con nota di G. Ferrando, *Il Tribunale di Cagliari dice sì alle diagnosi preimpianto*, 2008.

Furono avanzati cinque quesiti, secondo la nuova tecnica del “plurireferendum”, finalizzata a massimizzare le possibilità di accoglimento. Di questi, solo quello promosso dai Radicali — volto all’abrogazione integrale della legge — fu dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale, in quanto la normativa fu ritenuta necessaria sul piano costituzionale. I restanti quattro quesiti, ammessi al voto, proponevano l’eliminazione delle seguenti previsioni: (1) i limiti imposti alla ricerca scientifica sugli embrioni; (2) il divieto di accesso alle tecniche di PMA per coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili; (3) il riconoscimento dell’embrione come soggetto titolare di diritti; e (4) il divieto della fecondazione eterologa.²⁴

L’apertura della campagna referendaria suscitò un’immediata reazione del fronte politico più conservatore e delle gerarchie ecclesiastiche, che intrapresero una strategia dichiaratamente astensionista. Tale campagna fu accompagnata da ulteriori proposte di modifica della legge per via parlamentare, tutte però prive di successo.

Il referendum si tenne il 12 e 13 giugno 2005 e fu caratterizzato da una bassissima affluenza, attestatasi attorno al 25% del corpo elettorale, sancendo così la mancata validità della consultazione. Il dato²⁵ evidenziò come la complessità tecnico-scientifica e bioetica dei quesiti, unita alla debolezza della campagna informativa dei promotori, avesse impedito una reale comprensione da parte dell’elettorato dei temi in discussione. Ne derivò l’apparente accettazione, da parte della maggioranza silenziosa degli italiani, del testo legislativo allora vigente. Tale esito, letto da una prospettiva critica, può essere interpretato come un’indiretta legittimazione popolare della legge n. 40, sebbene in parte viziata da disinformazione e disinteresse. Il risultato referendario rivelò altresì un atteggiamento di generale sottovalutazione del corpo femminile e della salute riproduttiva delle donne, le quali risultavano essere le principali destinatarie degli effetti, anche patologici, delle limitazioni imposte dal legislatore. Il fallimento del referendum, presentato inizialmente come un’occasione per riaffermare i valori laici e progressisti del diritto alla salute e alla genitorialità responsabile, sancì di fatto un arretramento nel ruolo politico dello strumento referendario, la cui funzione di opposizione democratica risultava depotenziata. Ciò segnò anche un mutamento della sua percezione nell’immaginario collettivo, da strumento di avanzamento dei diritti civili a esercizio

²⁴ *Infra*, F. Angelini. Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia. 2020, Napoli: Editoriale Scientifica., pp. 91 e ss.

²⁵ Bioetica. Rivista Interdisciplinare Anno XIII, n.3/2005, Editoriale, Maurizio Mori, Qualcuno ha davvero vinto il referendum?, STUDI E SAGGI: PRIME RIFLESSIONI SUL REFERENDUM SULLA PROCREAZIONE ASSISTITA.

marginale e scarsamente efficace. In definitiva, quel voto — pur nella sua apparente irrilevanza — sancì un periodo di stasi legislativa, solo superficialmente pacificata. Le esperienze drammatiche delle coppie affette da patologie genetiche ereditarie e la loro progressiva mobilitazione giurisdizionale segnarono l'inizio di un nuovo ciclo di rivendicazioni, che portarono il tema dinanzi non solo alla Corte costituzionale, ma anche alla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), aprendo una nuova fase di riflessione sui limiti e sulle potenzialità della PMA nel rispetto dei diritti fondamentali della persona.

§ 1.2. La riforma della legge 40/2004: l'introduzione della punibilità extraterritoriale con la legge n. 169/2024

La legge 4 novembre 2024, n. 169 introduce nell'ordinamento italiano la punibilità extraterritoriale della pratica della surrogazione di maternità (cd. *gestazione per altri*), modificando la legge 19 febbraio 2004, n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita. L'iter legislativo che ha condotto a questa legge è stato lungo e articolato, sviluppandosi attraverso due legislature. Già nella XVIII Legislatura (2018-2022) erano state presentate in Camera dei Deputati due proposte di legge convergenti nell'obiettivo, seppur con differenze di formulazione: l'Atto Camera n. 306 (a prima firma On. Giorgia Meloni) e l'Atto Camera n. 2599 (On. Mara Carfagna)²⁶. Entrambe miravano a rendere perseguibile in Italia il reato di maternità surrogata commesso all'estero da cittadini italiani, contrastando il fenomeno del *turismo procreativo*²⁷. Tuttavia, tali progetti avevano un'ambizione normativa diversa: la PdL Meloni (A.C. 306) proponeva di punire *chiunque* (italiano o straniero) realizzzi all'estero sia una surrogazione di maternità sia la commercializzazione di gameti o embrioni, estendendo indiscriminatamente la sanzione penale oltre confine. La PdL Carfagna (A.C. 2599), invece, limitava l'estensione ai soli cittadini italiani e unicamente il reato di surrogazione di maternità commesso all'estero, escludendo quindi gli stranieri e la fattispecie della compravendita

²⁶ Cfr., Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Proposta di legge Meloni (A.C. 306), consultabile ai link: https://www.camera.it/leg18/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=18&codice=leg.18.pdl.camera.306.18PDL0003300; https://www.camera.it/leg18/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=18&codice=leg.18.pdl.camera.2599.18PDL0112510

²⁷ *Infra*, Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p. 3-5

di gameti dall'ambito extraterritoriale. In altre parole, l'On. Meloni intendeva introdurre un vero e proprio *reato universale*, mentre l'On. Carfagna perseguiva un approccio più mirato e circoscritto.²⁸

Le due proposte, dal titolo identico, furono assegnate alla II Commissione (Giustizia) della Camera in sede referente nel 2020²⁹. Il Servizio Studi della Camera predispose un dettagliato dossier di schede di lettura (n. 347 del 22 settembre 2020) per l'esame congiunto degli A.C. 306 e 2599.³⁰

In Commissione si discusse la portata della norma e i possibili profili critici, inclusi i problemi di diritto penale internazionale (principio di territorialità e requisiti per l'azione penale per fatti esteri). Dalla documentazione ufficiale risulta che la Commissione Giustizia adottò come *testo base* la PdL Meloni (A.C. 306), probabilmente per poi valutare emendamenti ispirati alla formulazione alternativa. Durante i lavori parlamentari emersero questioni relative alla necessità di contemperare l'efficacia del divieto con i principi di ragionevolezza e di non retroattività, nonché con le garanzie previste dagli artt. 7–10 del codice penale in materia di giurisdizione sui reati commessi all'estero.³¹ In particolare, si rilevò come il reato previsto dall'art. 12, comma 6, L. 40/2004 – attualmente punito con la reclusione fino a 2 anni – rientrasse, se commesso all'estero da un cittadino, nella disciplina ordinaria dell'art. 9 c.p., che subordina l'azione penale a condizioni quali la doppia incriminazione, la presenza del reo nel territorio nazionale e, per i reati meno gravi, una richiesta del Ministro della Giustizia. Di conseguenza, senza un intervento legislativo ad hoc, perseguire una surrogazione compiuta oltre confine risultava pressoché impossibile, come confermato anche dalla giurisprudenza (infra).

Nonostante l'esame avanzato in Commissione e la predisposizione di un dossier sui profili di legittimità costituzionale (n. 184 del 17 maggio 2022) , la legislatura XVIII si concluse

²⁸ *Infra*, Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, pp. 8-10; vedi anche proposta Meloni A.C. 306

²⁹ Bollettino Commissione Giustizia, Camera dei Deputati, seduta 23 settembre 2020, disponibile al link: <https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/html/2020/09/23/02/comunic.htm#data.20200923.com02.bollettino.sede00030.tit00010>.

³⁰ *Infra*, Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura.

³¹ Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, pp. 1-4

CAPITOLO II

anticipatamente nell'estate 2022 senza giungere all'approvazione definitiva della riforma.³² L'iniziativa è stata quindi ripresentata nella XIX Legislatura. In data 15 febbraio 2023 l'On. Maria Carolina Varchi (FdI), insieme ad altri deputati della maggioranza di centrodestra, depositava la proposta di legge A.C. 887, dal medesimo titolo: "Modifica all'art. 12 della L. 40/2004, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano".³³ Il provvedimento, sostenuto dal Governo Meloni I, è stato rapidamente calendarizzato: assegnato di nuovo alla Commissione Giustizia il 3 marzo 2023, esso è stato esaminato nei mesi successivi e approvato dall'Aula della Camera il 26 luglio 2023, dopo un dibattito acceso sia in Commissione sia in Assemblea (sedute del 19 giugno e 18 luglio 2023). La votazione a Montecitorio ha visto favorevoli i partiti di maggioranza, mentre le opposizioni (PD, M5S, Azione-IV e AVS) hanno espresso voto contrario, denunciando il carattere ideologico e i possibili vizi del testo (come si dirà oltre).

Passato al Senato (A.S. 824), il disegno di legge inizialmente è stato incardinato in 2^a Commissione Giustizia in sede redigente ad agosto 2023, con l'intento di snellirne l'esame. Tuttavia, vista la delicatezza del tema e le richieste delle opposizioni di discuterne in Aula, il procedimento è stato ricondotto alla sede referente nel marzo 2024. La Commissione Giustizia del Senato ha così svolto un ulteriore ciclo di audizioni e discussioni tra marzo e luglio 2024. Non risultano modifiche sostanziali al testo già approvato dalla Camera, segno della volontà politica di confermare l'impianto originario. Il 16 ottobre 2024, dopo ulteriori interventi polemici da parte della minoranza, l'Assemblea di Palazzo Madama ha approvato definitivamente il disegno di legge con la maggioranza assoluta dei suoi componenti, rendendo il provvedimento legge.³⁴ Promulgata dal Presidente della Repubblica in data 4 novembre 2024 e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 18 novembre 2024, la legge n. 169/2024 è entrata in vigore il 3 dicembre 2024.

³² *Infra*, Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura

³³ Dibattiti parlamentari in Aula, Camera dei Deputati, sedute 19 giugno e 18 luglio 2023, WebTV Camera, [seduta del 19 giugno 2023](#) e [seduta del 18 luglio 2023](#)

³⁴ Scheda iter legislativo Senato (A.S. 824), consultabile: Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura p. 2; si veda anche WebTV Camera, [seduta relativa al procedimento parlamentare](#)

CAPITOLO II

La legge n. 169/2004 consiste di un unico articolo che interviene sull'art. 12, comma 6, della legge 40/2004 in materia di procreazione assistita. Tale comma 6, nella formulazione originaria, sancisce il divieto assoluto di “*surrogazione di maternità*” (nonché di commercializzazione di gameti o embrioni) e prevede per chiunque lo violi una pena pari a reclusione da tre mesi a due anni e multa da 600.000 a 1.000.000 di euro. La surrogazione di maternità – ovvero l'accordo in cui una donna si presta a portare a termine una gravidanza per poi consegnare il neonato ai committenti – era dunque già qualificata come reato nel nostro ordinamento dal 2004, anche in assenza di fine di lucro e indipendentemente dallo status personale dei soggetti coinvolti. Tuttavia, il legislatore del 2004 non aveva espressamente disciplinato l'ipotesi di commissione del fatto all'estero. In assenza di una clausola di extraterritorialità, l'applicazione della legge penale italiana risultava subordinata alle condizioni generali del codice penale (artt. 7 e ss. c.p.), tra cui – per i reati comuni commessi dal cittadino all'estero – la regola della doppia incriminazione (richiesta dall'art. 9, co. 1, c.p.) e, per i reati meno gravi, la necessità di un'iniziativa del Ministro della giustizia (art. 9, co. 2, c.p.). Ciò ha reso finora impraticabile perseguire penalmente cittadini italiani che abbiano usufruito di una gestazione per altri in Paesi esteri dove essa è lecita. Emblematiche, in tal senso, le pronunce della Corte di Cassazione: con sentenza n. 13525/2016, la Cassazione penale ha escluso la punibilità di una coppia che aveva fatto ricorso a maternità surrogata in un paese estero consentendola, riconoscendo in capo agli imputati un *errore inevitabile sul divieto* (art. 5 c.p.), stante l'incertezza applicativa circa il requisito della doppia incriminazione per i reati commessi all'estero.³⁵ Allo stesso modo, Cass. pen. sez. III n. 5198/2020 ha ribadito che, in mancanza di una previsione legislativa ad hoc, un fatto di surrogazione integralmente realizzato oltre confine non può essere proseguito in giudizio senza la previa richiesta del Ministro ai sensi dell'art. 9 c.p..³⁶ Tali precedenti giudiziari hanno messo in luce un vuoto normativo: il divieto penalmente sanzionato rischiava di rimanere inefficace nei confronti di condotte realizzate fuori dal territorio nazionale (*vanificando*, secondo i proponenti, la ratio stessa della norma anti-*utero in affitto*).

³⁵ Cassazione penale, sent. n. 13525 del 2016, citata dettagliatamente in Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, pp. 2-3

³⁶ Cassazione penale, sez. III, sent. n. 5198 del 2020, citata in Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p. 3

CAPITOLO II

La nuova legge intende colmare questo vuoto, rafforzando il divieto e rendendolo effettivo anche in ambito transnazionale. In concreto, l'art. 1 L. 169/2024 aggiunge al comma 6 dell'art. 12 L. 40/2004 il seguente periodo: «*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*». La norma, dunque, estende la giurisdizione penale italiana alle condotte di surrogazione compiute fuori dal territorio nazionale da soggetti in possesso della cittadinanza italiana, anche se tali condotte risultino *lecite secondo la legge dello Stato estero* in cui sono realizzate. Si tratta, a tutti gli effetti, di una clausola di extraterritorialità che deroga al principio di doppia incriminazione: d'ora in poi, il cittadino italiano che ricorre alla maternità surrogata all'estero potrà essere processato e sanzionato in Italia per il medesimo fatto, a prescindere dal quadro normativo straniero. Resta invece immutata la disciplina per gli altri divieti contenuti nel comma 6: la commercializzazione di gameti ed embrioni compiuta all'estero, ad esempio, non è espressamente attratta dalla legge italiana (salvo il ricorso alle ordinarie condizioni dell'art. 9 c.p.), così come non lo sono le condotte poste in essere da cittadini stranieri al di fuori dei confini italiani.

Obiettivo dichiarato dell'intervento è contrastare il fenomeno della “maternità surrogata transnazionale”, impedendo che soggetti italiani aggirino il divieto penale interno semplicemente rivolgendosi a cliniche o intermediari di paesi esteri dove la pratica è consentita. Nelle intenzioni dei proponenti, la modifica mira a tutelare valori fondamentali già posti a base della L.40/2004, primo fra tutti la dignità della donna e l'ordine pubblico in materia di stato di famiglia. Vengono così rafforzati i principi etici che ispirano il legislatore del 2004: la Corte costituzionale ha definito la maternità surrogata una pratica che “*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*”, statuendo chiaramente la legittimità di un divieto assoluto nel nostro ordinamento.³⁷ Il legislatore del 2024 si muove in continuità con questa visione, ribadendo che il contratto di gravidanza per altri è contrario ai principi fondamentali italiani e merita sanzione penale ovunque venga concluso. Ulteriori finalità che traspaiono dai lavori preparatori sono: dissuadere le agenzie e i medici stranieri dal prestare servizi a clienti italiani (consapevoli che questi ultimi potrebbero essere incriminati in patria), e affermare a livello internazionale la posizione italiana di tolleranza zero verso ogni forma di mercificazione della maternità. In sintesi, la legge n. 169/2024 si propone di chiudere ogni spazio di elusione del divieto di *utero in affitto*, estendendo la

³⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 272 del 2017, citata in Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p. 2

portata applicativa del reato al di là dei confini nazionali e dando un segnale politico-culturale forte in difesa di determinati valori (dignità umana, non commerciabilità del corpo e della procreazione).

Sin dalla fase di discussione parlamentare, la riforma ha suscitato accentuate critiche da parte di una parte della dottrina e delle opposizioni politiche, che ne hanno evidenziato diversi profili problematici sia sul piano costituzionale sia su quello sistematico. Pur condividendo in molti casi la condanna etica della maternità surrogata, i critici hanno sollevato dubbi sull'opportunità e la legittimità di questa specifica scelta legislativa.

In primo luogo, è stato posto il tema della compatibilità costituzionale della punizione di atti compiuti all'estero e considerati legittimi dall'ordinamento straniero. Se è vero che l'art. 3 c.p. stabilisce il principio di universalità per i reati che una legge speciale assoggetta a legge italiana ovunque commessi (ed è sulla base di tale deroga che si giustificano alcune fattispecie come il turismo sessuale o le mutilazioni genitali all'estero), è altrettanto vero che tale strumento di *extraterritorial jurisdiction* è tradizionalmente riservato a condotte di estrema gravità o che ledono interessi sovranazionali. Elevare la surrogazione di maternità al rango di *reato a perseguibilità universale* potrebbe apparire sproporzionato, considerando che in molti ordinamenti democratici la gestazione per altri è consentita e regolamentata. Alcuni commentatori hanno parlato di “*imperialismo etico*”, ritenendo discutibile che lo Stato italiano imponga il proprio divieto anche al di fuori della propria comunità, colpendo cittadini che all'estero agiscono nel rispetto delle leggi locali.³⁸ Sul piano giuridico, comunque, la tecnica normativa adottata – l'inserimento di una *clausola di perseguibilità extraterritoriale* – rientra nelle prerogative del legislatore e trova precedenti in altre leggi (si pensi, ad esempio, alla legge contro le pratiche di turismo sessuale minorile). Pertanto, non vi è un palese contrasto con l'art. 25 Cost. (riserva di legge in materia penale) né con il principio di legalità, essendo la fattispecie descritta con sufficiente chiarezza. Semmai, le perplessità dei costituzionalisti riguardano il principio di ragionevolezza e proporzionalità della scelta punitiva: si è ritenuto che criminalizzare in modo così esteso la condotta rischi di produrre effetti contrari all'interesse generale (ad esempio, maggior clandestinità) e di perseguire finalità etico-simboliche più che reali esigenze di tutela penale.

Un altro profilo delicato riguarda le ricadute sui diritti dei minori nati tramite surrogazione all'estero. La Corte costituzionale, pur confermando la legittimità del divieto penale, ha invitato il

³⁸ Critiche riportate nel Dossier Camera dei Deputati n. 184 del 17 maggio 2022, pp. 3-4; si veda anche discussione parlamentare in Commissione Giustizia del 5 maggio 2022, disponibile al link: [Camera.it Bollettino seduta del 5 maggio 2022](https://www.camera.it/Bollettino_seduta_del_5_maggio_2022).

CAPITOLO II

Parlamento a intervenire con urgenza per colmare la “*situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore*” nato da GPA all'estero, riferendosi alla mancanza di un riconoscimento giuridico immediato del legame di filiazione con i genitori d'intenzione.³⁹ Analogamente, la Corte EDU ha più volte censurato l'Italia (da ultimo con la sentenza *C. c. Italia*, 31 agosto 2023) per violazione dell'art. 8 CEDU, nella misura in cui viene negato il riconoscimento tempestivo dello status filiationis di tali bambini nati legittimamente altrove⁴⁰. Ebbene, la legge n. 169/2024 interviene solo sul versante repressivo, senza affrontare l'aspetto del riconoscimento dei figli nati da surrogazione. Le opposizioni in Parlamento hanno sottolineato come il Governo e la maggioranza abbiano ignorato questi richiami: invece di predisporre strumenti “rapidi ed efficaci” per garantire i diritti dei minori⁴¹ (ad esempio mediante una riforma dell'adozione in casi particolari, oggi unico rimedio disponibile), si è scelto di concentrare gli sforzi legislativi su una norma punitiva e di bandiera. Questo squilibrio, secondo i critici, rischia di creare un sistema ancora più rigido: da un lato punisce severamente i genitori intenzionali che ricorrono alla GPA, dall'altro lascia i loro figli in una situazione di incertezza giuridica, con possibili violazioni del superiore interesse del minore. Si è osservato, in proposito, che la criminalizzazione dei genitori potrebbe indirettamente nuocere proprio ai bambini: ad esempio, inducendo le coppie a non registrare tempestivamente la nascita in Italia per timore di incriminazione, con la conseguenza di procrastinare il riconoscimento legale del figlio. Si pensi al caso in cui uno dei genitori biologici (spesso il padre) intenda riconoscere il neonato: una volta dichiarata l'origine da maternità surrogata, rischierebbe egli stesso l'azione penale, trovandosi di fronte a un dilemma tra l'autodenuncia e la negazione dello status di genitorialità. Tali scenari, evidenziati in dottrina, suggeriscono che la legge 169/2024 potrebbe entrare in tensione con gli articoli 2 e 30 della Costituzione (diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali, e doveri/diritti dei genitori verso i figli), laddove ostacolasse il pieno riconoscimento e l'esercizio della responsabilità genitoriale.

³⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 33 del 2021, citata e discussa nel Dossier Camera n. 184, pp. 1-2

⁴⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza *C. c. Italia*, 31 agosto 2023, analizzata nel Dossier n. 184, pp. 2-3

⁴¹ Interventi critici durante i dibattiti in Aula della Camera, in particolare sedute del 19 giugno e del 18 luglio 2023, disponibili su WebTV Camera ai seguenti link: [seduta del 19 giugno 2023](#) e [seduta del 18 luglio 2023](#).

Dal punto di vista sistematico, alcuni autori hanno sottolineato l'atipicità della nuova norma penale.⁴² Con essa il legislatore ha trasformato la surrogazione di maternità in un reato sostanzialmente *a carattere universale*, paragonabile – quanto a regime sanzionatorio transnazionale – a delitti ben più gravi quali i crimini contro la persona. Ci si interroga se la tutela del bene giuridico “dignità della gestante” o “ordine pubblico familiare” giustifichi un simile trattamento. Va considerato che la surrogazione, pur vietata in Italia, coinvolge consenso e volontà delle parti in molte giurisdizioni: equipararla a fenomeni criminosi (come lo sfruttamento criminale di donne e minori) può apparire una forzatura concettuale. Inoltre, permane un margine di incertezza sui soggetti punibili: l'art. 12, co. 6, L.40/2004 punisce “chiunque... realizza, organizza o pubblicizza” la surrogazione. La giurisprudenza interna finora, mancando casi pratici di GPA in Italia, non ha chiarito appieno se tra i possibili autori rientrino anche i genitori committenti e la madre gestazionale, oltre ai medici e intermediari. La dottrina penalistica tende a ritenere punibili tutti i partecipi, poiché la legge non esclude dalla pena né la coppia né la donna che porta avanti la gravidanza⁴³ (diversamente da quanto fa, ad esempio, per i destinatari di pratiche di PMA consentite – cfr. art. 12, co. 8, L.40/2004). Ciò significa che un tribunale italiano, in linea teorica, potrebbe incriminare *anche la madre surrogata straniera* qualora questa entri nella giurisdizione italiana, nonché chiunque abbia “organizzato o pubblicizzato” l'iter (es. agenzie mediatrici). L'applicazione pratica probabilmente si concentrerà sui genitori intenzionali italiani (essendo gli unici sicuramente soggetti alla giurisdizione nazionale), ma questo quadro allargato alimenta discussioni sul rischio di duplicazione punitiva e sulla effettività della norma. Diversi osservatori ritengono infatti che la legge avrà un impatto principalmente simbolico: le difficoltà probatorie e operative nel perseguire fatti avvenuti all'estero (spesso coperti da segretezza o da documentazione estera legale) saranno notevoli.⁴⁴ La stessa necessità di individuare il *locus commissi delicti* in un contesto transnazionale potrebbe generare complessità processuali, come evidenziato dalla Suprema Corte nel 2020 (che

⁴² Riflessioni sistematiche esposte nel Dossier: Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura,, 17 maggio 2022, pp. 3-4

⁴³ Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p. 11

⁴⁴ Critiche e analisi presentate nella documentazione ufficiale durante la discussione della proposta di legge Meloni (A.C. 306) e Carfagna (A.C. 2599), come riportato nelle *Schede di lettura n. 347*, pp. 11-13; si veda anche resoconti della Commissione Giustizia, seduta del 21 aprile 2022 al link: [Commissione Giustizia 21 aprile 2022](#)

individuava il luogo di commissione del reato di surrogazione all'estero nel paese dove avviene la gestazione e nascita, non già in Italia).

Infine, il dibattito politico attorno alla legge n. 169/2024 è stato estremamente polarizzato.⁴⁵ La maggioranza di centrodestra ha presentato il provvedimento come una vittoria di civiltà, coerente con la propria piattaforma valoriale: in Aula si è parlato di tutela delle donne “povere e sfruttate” dall'industria della surrogazione e di necessità di impedire che “l'utero in affitto diventi la scorciatoia per avere figli ad ogni costo”. Di contro, le forze di opposizione hanno accusato il Governo di aver fatto una scelta demagogica e *ideologica*, utilizzando la leva penale per lanciare un messaggio politico in chiave anti-LGBT (dato che il ricorso alla GPA riguarda anche coppie omosessuali maschili che non possono avere figli diversamente). Si è rilevato che nessun concreto sostegno viene in tal modo offerto ai minori già nati tramite GPA né alle donne coinvolte all'estero – le quali restano fuori dalla giurisdizione italiana se rimangono nei loro paesi. Parlamentari e giuristi critici hanno evocato il rischio che la nuova norma sia destinata a sollevare questioni di costituzionalità e possibili contrasti con il diritto europeo (in riferimento alle pronunce della Corte EDU), oltre a compromettere l'immagine internazionale dell'Italia in materia di diritti fondamentali. Il Governo, dal canto suo, ha replicato che la dignità umana e la protezione dei più deboli (minori e donne) giustificano pienamente l'azione intrapresa, dichiarandosi fiducioso sulla tenuta costituzionale della legge.⁴⁶ Sarà dunque il tempo – e l'eventuale sindacato successivo della Corte costituzionale – a stabilire se la legge n. 169/2024 rappresenti un equilibrato rafforzamento di un divieto già esistente, oppure se abbia introdotto elementi di criticità giuridica tali da richiedere futuri correttivi.

L'introduzione della legge n. 169/2024 segna un momento di svolta nella disciplina italiana della maternità surrogata, spingendo il divieto oltre i confini nazionali e alimentando un vivace confronto tra visioni etico-giuridiche contrapposte. Si tratta di un intervento dal forte significato simbolico, che da un lato ribadisce con fermezza la linea del legislatore italiano contro ogni forma di surrogazione di maternità (*rafforzandone la perseguibilità penale*), dall'altro lascia aperti

⁴⁵ Documentazione dei dibattiti parlamentari durante l'esame del provvedimento alla Camera e al Senato, disponibile nei video delle sedute parlamentari: [Camera, WebTV, seduta del 19 giugno 2023](#), [seduta del 18 luglio 2023](#), [seduta del 18 maggio 2022 \(Commissione Affari Costituzionali\)](#), [seduta del 18 maggio 2022](#).

⁴⁶ Dichiarazioni governative registrate durante le sedute parlamentari (in particolare sedute della Camera del 18 luglio 2023 e 26 luglio 2023), reperibili nei relativi video della WebTV Camera ai link: [seduta del 18 luglio 2023](#), [seduta del 26 luglio 2023](#).

importanti interrogativi sui suoi effetti pratici e sulla coerenza complessiva del sistema di tutela dei diritti in gioco.

§ 2. Normativa nazionale: profili penali ed extra-penali

§ 2.1. Profili penali della normativa in materia di procreazione medicalmente assistita: osservazioni generali sull'art. 12 comma 6 della legge n. 40/2004

L'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) enuncia un divieto articolato in un unico periodo, volto a reprimere due condotte fondamentali.⁴⁷ La disposizione stabilisce 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».⁴⁸ Dal punto di vista strutturale, dunque, il comma individua due distinte fattispecie incriminatrici, entrambe accomunate dalla medesima cornice edittale di pena:

- a) Commercio di gameti o embrioni: è punito chiunque realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni destinati alla procreazione assistita. Si tratta, in sostanza, di vietare ogni forma di mercificazione del materiale genetico umano riproduttivo.
- b) Surrogazione di maternità: è parimenti sanzionato chiunque realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità, vale a dire la pratica comunemente detta “utero in affitto”, in cui una donna si impegna a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, consegnando poi il neonato alla coppia (o persona) committente.

La lettera della norma si caratterizza per l'uso di termini generali (“chiunque”, “in qualsiasi forma”) ed elenchi aperti di condotte (“realizza, organizza o pubblicizza”) che mirano a coprire un ampio

⁴⁷ Si veda Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p. 3.

⁴⁸ Testo tratto direttamente dall'art. 12, comma 6, legge n. 40/2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, pubblicata in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004

spettro di comportamenti.⁴⁹ Le due ipotesi delittuose sono congiunte dalla disgiuntiva “o”, ma confluiscono in un’unica previsione sanzionatoria. Ne risulta una disposizione unitaria, ma a contenuto plurimo, che incrimina sia la commercializzazione di gameti ed embrioni sia la pratica della maternità surrogata, considerate entrambe condotte lesive di beni di primario rilievo. La struttura lessicale, pur unificando il precetto, implicitamente distingue una “prima parte” (il divieto di commercio di gameti/embrioni) e una “seconda parte” (il divieto di surrogazione di maternità), come confermato anche dalla lettura delle norme correlate (ad es. i commi 9 e 10, che prevedono sanzioni accessorie specifiche in caso di violazione dell’art. 12, comma 6).

La formulazione adottata dal legislatore impiega espressioni dal significato tecnico-giuridico rilevante, che meritano un’analisi puntuale. In primo luogo, l’uso di «chiunque» qualifica il reato come comune: non sono richiesti requisiti soggettivi particolari in capo all’agente, sicché qualsiasi persona – medico, intermediario, genitore committente, madre gestante, donatore di gameti, ecc. – può esserne autore o concorrente. Ciò riflette la volontà legislativa di colpire ogni partecipante alla filiera dell’illecito, senza limitazioni legate al ruolo ricoperto.⁵⁰ In secondo luogo, l’inciso «in qualsiasi forma» evidenzia l’ampia latitudine delle condotte rilevanti: il divieto opera a prescindere dalle modalità specifiche con cui le attività vietate vengono poste in essere, ricomprendendo ad esempio forme sia dirette che indirette, onerose o gratuite, organizzate in Italia o all’estero (quest’ultimo aspetto, come si vedrà, è stato oggetto di successivi interventi normativi).

Le condotte tipiche descritte – realizza, organizza o pubblicizza – individuano diversi livelli di coinvolgimento nell’azione illecita. La «realizzazione» indica la messa in atto concreta della pratica vietata. Nel caso del commercio di gameti o embrioni, ciò coincide con il compiere atti di compravendita o cessione dietro compenso di cellule riproduttive o embrioni umani. Nel caso della surrogazione di maternità, la nozione di “realizzare” è più complessa, potendo riferirsi all’intero processo di procreazione per conto altrui⁵¹: dalla fase medica di fecondazione dell’ovulo nell’utero della gestante fino alla nascita e all’eventuale consegna del neonato ai committenti. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel rilevare un’ambiguità terminologica su questo punto,

⁴⁹ *Infra*, Schede di lettura, Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p. 5

⁵⁰ Cfr. Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p. 5 e ss.

⁵¹ *Ibidem*, p. 6

interrogandosi su quale momento segni il compimento della surrogazione⁵²: c'è chi individua la realizzazione già nell'avvio del protocollo medico di fecondazione della gestante, e chi invece richiede anche l'accordo tra le parti e la "consegna" finale del bambino perché la fattispecie possa dirsi consumata. Tale incertezza lessicale è stata criticata per contrasto coi principi di determinatezza e tassatività del diritto penale, giacché il termine "realizzazione" risulta generico e privo di un chiaro riferimento a condotte specifiche (una "nozione vaporosa", come sottolineato in dottrina).

L'«organizzazione» attiene invece a ogni attività prodromica e di coordinamento funzionale alla realizzazione dell'illecito.⁵³ Rientrano in tale concetto, ad esempio, il reperimento di mezzi e strutture sanitarie, il reclutamento e la selezione di donatrici o gestanti, l'intermediazione tra domanda e offerta (tipica delle agenzie che facilitano contatti tra coppie e madri surrogate). Anche qui il legislatore adotta un termine ampio, capace di comprendere condotte eterogenee, purché rivolte a far sì che l'illecito possa compiersi. Si noti che la mera ricerca preliminare di informazioni o il semplice contatto esplorativo con cliniche (il cosiddetto "viaggio esplorativo" all'estero) restano al di fuori dell'area di punibilità, non integrando ancora un'effettiva organizzazione del programma vietato.

Infine, la «pubblicizzazione» si riferisce a qualsiasi forma di promozione o diffusione pubblica delle pratiche interdette⁵⁴. È il caso, ad esempio, di annunci, inserzioni su media o web, campagne mirate a far conoscere la disponibilità di gameti dietro compenso o di servizi di maternità surrogata. Questa condotta si consuma con la sola attività promozionale rivolta a un pubblico indeterminato, senza necessità che altri vi aderiscano. L'inclusione della pubblicizzazione tra le condotte tipiche denota la chiara intenzione del legislatore di prevenire il fenomeno alla radice, colpendo anche la fase di divulgazione e reclutamento, nel timore che la diffusione di offerte possa alimentare un "mercato" della procreazione in violazione dei principi etici e giuridici sanciti.

Da un punto di vista tecnico, la prima parte del precetto qualifica implicitamente l'illecito di commercio genetico tramite il riferimento alla «commercializzazione», termine che in ambito

⁵² *Ibidem*, pp. 5-6

⁵³ *Ibidem*, p. 6

⁵⁴ *Ibidem*, p. 6

giuridico sottintende la sussistenza di un corrispettivo economico (lucro o vantaggio patrimoniale) nello scambio di gameti o embrioni.⁵⁵ Ciò significa che la cessione altruistica e gratuita di gameti, in sé considerata lecita all'esito delle vicende successive alla legge 40, non rientra nella nozione di "commercializzazione" punita dalla norma. Come evidenziato dalla Corte di Cassazione, dopo la caducazione del divieto assoluto di fecondazione eterologa, l'art. 12, comma 6 continua a reprimere soltanto le condotte che violano i principi di volontarietà e gratuità della donazione di gameti.

In altri termini, permane il disvalore penale per qualsiasi compravendita di cellule riproduttive umane, in conformità al principio, di matrice europea, secondo cui il corpo umano e i suoi elementi non possono essere oggetto di profitto commerciale. Viceversa, la semplice donazione volontaria di gameti – ora consentita e anzi presupposto delle tecniche eterologhe lecite – non integra la fattispecie criminosa, perché manca l'aspetto dello sfruttamento mercantile⁵⁶ (la norma punisce "l'acquisizione di gameti umani in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione"). Per quanto riguarda la «surrogazione di maternità», il testo normativo non distingue tra surrogazione "commerciale" (a pagamento) e surrogazione "altruistica" (gratuita). Ogni forma di maternità surrogata, indipendentemente dall'eventuale compenso, risulta teoricamente ricompresa nel divieto penale. Questo aspetto parrebbe emergere dal confronto con la prima parte della disposizione: se per il commercio di gameti/embrioni è intrinsecamente richiesta una finalità lucrativa (essendo la commercializzazione per definizione un'attività onerosa), la seconda parte del comma 6 incrimina la surrogazione in sé e per sé, senza alcuna esplicita limitazione alle ipotesi di lucro. Dunque anche una surrogazione portata avanti in forma altruistica, senza alcun corrispettivo, violerebbe la norma (sul piano letterale). Ciò porta alcuni commentatori a ritenere l'art. 12, co.6 eccessivamente onnicomprensivo e forse bisognoso di maggior chiarezza circa l'ambito della punibilità. Va ricordato, comunque, che la Corte costituzionale stessa, nella sentenza n.162/2014, ha richiamato la assoluta distinzione tra fecondazione eterologa (ora lecita) e maternità surrogata (tuttora illecita), definendo quest'ultima come una pratica espressamente vietata dalla legge 40/2004 e rimasta intatta nella sua vigenza ed efficacia dopo gli interventi demolitori della Consulta.⁵⁷ Inoltre, la Consulta, in un successivo *obiter dictum*, ha qualificato la surrogazione di maternità

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 3-4

⁵⁶ *Ibidem*, p. 4

⁵⁷ Si veda sentenza Corte Cost. n.162 del 2014 riportata in Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p. 4

come una pratica “che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”.⁵⁸

Tale giudizio “*tranchant*” – proveniente dal giudice delle leggi – illumina il significato giuridico sotteso al divieto: il legislatore del 2004 intendeva preservare valori fondamentali (dignità della gestante, *status* del nascituro, non mercificazione della procreazione), considerati incompatibili con qualsiasi forma di surrogazione, anche se mossa da intenzioni solidaristiche.

Nell’economia della legge n. 40/2004, l’art. 12, comma 6 si colloca nel capo finale dedicato ai divieti e alle sanzioni.⁵⁹ La legge 40, emanata con l’intento di regolamentare la procreazione medicalmente assistita (PMA) garantendo al contempo tutele ai soggetti coinvolti, alterna disposizioni di carattere organizzativo/precettivo (ad es. requisiti per l’accesso alle tecniche, limiti al numero di embrioni creabili, divieto di ricerca sugli embrioni, ecc.) a disposizioni sanzionatorie volte ad assicurare il rispetto di tali limiti. In particolare, l’art. 12 della legge reca il titolo di “Divieti generali e sanzioni” e comprende una serie di commi che elencano pratiche espressamente proibite, corredandole delle relative sanzioni (penali o amministrative). Il comma 6 rappresenta, all’interno di tale articolo, la norma di chiusura più rigorosa sul piano penalistico, poiché prende di mira le condotte ritenute più gravemente lesive dei principi ispiratori della legge.⁶⁰

Va sottolineato che la L. 40/2004 introdusse nuove figure di reato nell’ordinamento italiano, configurandosi come una tipica “legislazione penale speciale” al di fuori del codice penale.⁶¹ L’art. 12, comma 6 è emblematico di questa scelta: il legislatore del 2004, anziché limitarsi a sanzioni amministrative o deontologiche, ha previsto per surrogazione di maternità e commercio di gameti pene detentive e pecuniarie di rilevante entità, segno della volontà di conferire natura criminale a comportamenti considerati contrari all’ordine pubblico e ai principi etico-sociali in materia di

⁵⁸ Sentenza Corte Cost. 272/2017, citata in: Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p. 7

⁵⁹ Cfr. Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), *Dossier n. 184* – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p. 4-5

⁶⁰ Si veda Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p. 5-6, ove si precisa la collocazione sistematica e la *ratio* punitiva della norma in esame

⁶¹ Cfr., P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp. 357 e ss.

procreazione.⁶² Sistemáticamente, dunque, il comma in esame si pone a coronamento di una serie di divieti previsti dalla legge 40. I commi precedenti dello stesso art. 12, ad esempio, vietano la clonazione umana a fini riproduttivi (comma 1) e ogni forma di sperimentazione su embrioni umani (comma 2), sanzionando tali condotte con pene analoghe (reclusione fino a 20 anni per la clonazione, essendo considerata fattispecie di estrema gravità, e sanzioni minori per altre violazioni). In questo contesto, la surrogazione di maternità viene equiparata, quanto a disvalore, alle ipotesi più esecrabili affrontate dalla legge, entrando nel novero dei divieti “assoluti” su cui il legislatore ha inteso imprimere un marchio penale indelebile.⁶³

La collocazione dell’art. 12, co. 6 nella legge PMA è sistemáticamente congruente con l’impianto generale della legge stessa: dopo aver disciplinato dettagliatamente ciò che è lecito (tecniche consentite, condizioni, limiti), il legislatore ha elencato ciò che è vietato in modo tassativo, affermando la contrarietà di tali pratiche ai principi fondamentali sanciti all’art. 1 della legge (tutela di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito, e divieto di commercializzazione dei prodotti della generazione umana). In particolare, il divieto di surrogazione di maternità si ricollega alla scelta politica di ammettere la PMA solo in funzione terapeutica di coppie eterosessuali con problemi di sterilità, escludendo invece forme di procreazione “per conto terzi” che avrebbero introdotto figure genitoriali estranee alla coppia biologica. La sanzione penale è stata ritenuta lo strumento necessario a difendere questo argine normativo. Sul piano sistematico interno, dunque, l’art. 12, comma 6 può essere letto come norma di tutela estrema dei valori affermati dalla legge 40: esso interviene quando altre disposizioni della legge verrebbero eluse attraverso condotte particolarmente riprovevoli (il mercimonio di elementi fondamentali della vita umana, o la strumentalizzazione del corpo femminile ai fini della procreazione per altri).

Non va trascurato il coordinamento con i commi successivi dello stesso art. 12, che prevedono sanzioni accessorie e ulteriori misure.⁶⁴ In caso di condanna ai sensi del comma 6, il comma 9

⁶² Cfr., T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, p. 1398.

⁶³ *Infra*, Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p. 6-7.

⁶⁴ Cfr. Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p. 6, sulle sanzioni accessorie previste ai commi 9 e 10.

CAPITOLO II

dispone la sospensione del medico dall'esercizio professionale da 1 a 3 anni, mentre il comma 10 prevede sanzioni per le strutture sanitarie coinvolte (sospensione dell'autorizzazione a praticare la PMA, e revoca in caso di recidiva). Ciò evidenzia la volontà di agire anche sul piano preventivo e disciplinare: il legislatore ha inserito la norma penale in un più ampio sistema sanzionatorio integrato, che coinvolge sia i singoli che le entità organizzative (cliniche, centri medici). In sede parlamentare, durante l'approvazione della legge 40, fu più volte ribadito che tali sanzioni severe servivano da monito per evitare che l'apertura regolamentata alla procreazione assistita potesse degenerare in derive mercantili o eticamente inaccettabili (come il "traffico" di gameti o l'utilizzo della gravidanza altrui come servizio). La norma in commento, pertanto, completa il mosaico normativo della legge 40/2004 sancendo in modo netto i confini da non oltrepassare nell'applicazione delle tecniche riproduttive.

L'incriminazione ex art. 12, comma 6, L. 40/2004 si inserisce nel contesto dell'ordinamento penale come figura autonoma di reato speciale, la cui esistenza e portata hanno sollevato questioni di coordinamento con norme penali generali e con i principi codicistici. In primo luogo, il rapporto con il codice penale è di specialità: le condotte sanzionate da questa disposizione non trovano una corrispondenza tipica nelle fattispecie codificate, se non in forma parziale o indiretta. Ad esempio, la pratica della maternità surrogata potrebbe richiamare, per alcuni aspetti, il reato di alterazione di stato civile (art. 567 c.p.) qualora si falsifichino atti di nascita per attribuire la genitorialità a chi non ha partorito; oppure il reato di false dichiarazioni su stato o qualità personali (art. 495 c.p.) nel caso di attestazioni mendaci sulla filiazione. Tuttavia, tali fattispecie codicistiche coprono solo scenari di frode documentale a valle della nascita, e non colpiscono l'accordo in sé di surrogazione. Altre norme penali possono entrare in gioco in vicende connesse: si pensi alla legge sulle adozioni (L. 184/1983), che punisce la compravendita di bambini e l'intermediazione illecita nell'adozione (artt. 71 e 72 L. 184/1983), mostrando un chiaro parallelismo con la ratio del divieto di surrogazione commerciale (evitare che il neonato divenga oggetto di transazione). Anche il delitto di tratta di persone (art. 601 c.p.) potrebbe astrattamente rilevare qualora la surrogazione sfoci in sfruttamento grave della donna gestante; tuttavia, in assenza di elementi di coercizione o approfittamento tali da integrare la tratta, la surrogazione volontaria rimane una fattispecie distinta, appositamente disciplinata dall'art. 12, co.6.

Un aspetto delicato attiene all'ambito di applicazione territoriale della norma. In base ai principi generali del codice penale (artt. 6 e 7 c.p.),⁶⁵ i reati comuni sono punibili dall'ordinamento italiano se commessi in territorio italiano, mentre la punibilità di fatti commessi all'estero da cittadini italiani è subordinata a condizioni specifiche (principio di territorialità temperato da quello di personalità attiva, richiedente la presenza di doppia incriminazione o particolari istanze punitive). L'art. 12, comma 6, nella sua versione originaria del 2004, non conteneva disposizioni sull'extraterritorialità. Ciò ha significato, per lungo tempo, che un cittadino italiano il quale avesse realizzato una surrogazione di maternità all'estero (in un paese dove essa è lecita) difficilmente poteva essere perseguito in Italia, mancando una norma di proiezione extraterritoriale del divieto. La giurisprudenza penale ha confermato questo limite: la Cassazione ha escluso l'applicabilità dell'art. 12, co.6 a condotte integralmente consumate all'estero, ravvisando anzi una possibile esimente di errore inevitabile di diritto per chi avesse fatto ricorso all'estero a tale pratica credendo, in buona fede, di agire lecitamente secondo la legge locale. In particolare, la Suprema Corte⁶⁶ ha affermato che i committenti italiani di una maternità surrogata realizzata in un paese estero consentente non sono punibili in Italia, data l'incertezza interpretativa sulla portata del divieto fuori dai confini nazionali e l'affidamento che tali soggetti potevano riporre nella legalità della condotta nello Stato estero.⁶⁷

Questo *vulnus* applicativo – spesso evidenziato come una falla nel sistema sanzionatorio, suscettibile di alimentare il “turismo procreativo” verso paesi esteri – ha portato a iniziative legislative correttive. Già in legislature precedenti sono stati presentati disegni di legge per dichiarare la surrogazione di maternità reato perseguibile internazionalmente (c.d. reato universale). Tali proposte, dopo ampio dibattito politico, si sono concretizzate nella recente legge 4 novembre 2024, n. 169, la quale ha modificato l'art. 12, comma 6 aggiungendo un ultimo periodo⁶⁸: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi

⁶⁵ Cfr. T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, p. 1403 ss.

⁶⁶ Si veda, in tal senso, Corte di Cassazione, sez. V, Sentenza n. 13525 del 10 marzo 2016

⁶⁷ Si veda, P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.359 e ss.

⁶⁸ Esaminato in Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura p. 8-10, in merito all'introduzione della clausola di extraterritorialità e sua portata sistemica.

all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana». Questa modifica riveste un ruolo notevole, in quanto deroga al principio generale di territorialità e stabilisce una forma di giurisdizione penale universale (o quasi) per il reato di maternità surrogata. In altri termini, a riforma avvenuta, un cittadino italiano che organizzi o realizzi una surrogazione all'estero commette un reato perseguibile in Italia anche se la legge locale del luogo di commissione lo consente. L'ordinamento penale italiano, per volontà legislativa, estende così la propria tutela penale oltre confine su un tema ritenuto di ordine pubblico interno. Come si vedrà, questo allineamento normativo ha tentato di risolvere la contraddizione per cui la pratica rimaneva impunita *de facto* se delocalizzata, e contestualmente solleva nuovi interrogativi sul piano del diritto penale internazionale (ad esempio in merito alla cooperazione giudiziaria con Stati in cui la surrogazione è legale, o al possibile conflitto di valori tra ordinamenti). Da un punto di vista sistematico, l'introduzione della punibilità *ultra partes* della surrogazione indica che il legislatore considera tale bene giuridico talmente importante da giustificare l'eccezione alla territorialità, come già avviene per reati particolarmente gravi.⁶⁹ Pur non trattandosi tecnicamente di un "reato internazionale" in senso stretto, la surrogazione di maternità viene quindi elevata al rango di illecito perseguito ovunque sia commesso dal cittadino, evidenziando un rapporto peculiare con il resto del sistema penale: il diritto penale si fa carico di tutelare determinati valori etico-sociali nazionali anche oltre i confini, similmente a quanto avviene per altri reati (come la pedopornografia o la mutilazione genitale femminile, resi punibili anche se commessi all'estero). Va comunque osservato che, prima di tale riforma, in assenza di extraterritorialità, alcuni aspetti delle condotte connesse alla surrogazione all'estero potevano essere perseguiti in via indiretta: ad esempio, il ritorno in Italia con un minore nato da surrogazione poteva far scattare indagini per false dichiarazioni in atto di stato civile qualora i genitori intenzionali avessero dichiarato il falso sulla maternità biologica. Tuttavia, tali espedienti sanzionatori collaterali hanno trovato dei limiti, sia pratici che giuridici, anche per l'orientamento garantista della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale in materia di riconoscimento dello *status* dei minori nati all'estero⁷⁰ (tema che esula dall'analisi penalistica in senso stretto).

⁶⁹ Si veda, T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, p. 1407-1409.

⁷⁰ A tal proposito, si veda § 3.

Sul piano dei principi penalistici generali, il reato *de quo* interagisce con i principi di offensività⁷¹ e materialità: trattandosi di un reato di mera condotta (non è richiesto un evento di danno specifico, né la produzione effettiva di un figlio, essendo punibile anche la sola organizzazione o pubblicizzazione), la sua configurazione evidenzia una tutela anticipata del bene giuridico. La dottrina ha discusso se tutte le condotte previste presentino un adeguato disvalore concreto: in particolare, l'incriminazione della pubblicizzazione pone questioni di limiti alla libertà di espressione commerciale e di offensività in concreto (pubblicizzare un servizio poi non realizzato può considerarsi di per sé pericoloso? Il legislatore ha risposto positivamente, presumendo la pericolosità intrinseca di alimentare un mercato di pratiche vietate). Tali questioni, tuttavia, attengono più alla legittimità e ragionevolezza della scelta sanzionatoria che non al coordinamento con norme esistenti, e sono state perlopiù risolte enfatizzando la particolare natura del bene protetto. Da notare anche l'applicazione dei concetti generali di tentativo e concorso di persone: la fattispecie, ampia e plurioffensiva, ricomprende già nelle condotte tipiche vari stadi (ideazione, organizzazione, esecuzione) rendendo meno frequente la necessità di configurare un tentativo separato (il quale, comunque, sarebbe astrattamente configurabile *ex art. 56 c.p.* per ipotesi di surrogazione non portata a termine).⁷² Quanto al concorso di persone, come si vedrà più avanti, esso trova piena cittadinanza: trattandosi di reato comune aperto a “chiunque”, tutti i partecipi – medici, intermediari, genitori, donatori, gestante – rispondono a titolo di concorso ordinario (art. 110 c.p.)⁷³, senza che sia necessario ricorrere a figure speciali di reato proprio. Anzi, l'elasticità del dettato consente di imputare a ciascuno una porzione di condotta nell'ambito della realizzazione complessiva. In definitiva, i rapporti con il resto dell'ordinamento penale si caratterizzano per la specialità e complementarità di questo reato rispetto ad altre fattispecie: esso colma un vuoto di tutela non coperto dal codice, riflette a livello penale principi già presenti in normative di settore (es. divieto di commercio di organi o tessuti, gratuità della donazione, divieto di intermediazione

⁷¹ Cfr., V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge “Varchi”*, in «La legislazione penale», 2024, p. 20 e ss.

⁷² A tal proposito, si veda, G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, parte generale, Milano Giuffrè, 2023, p. 550 e ss.

⁷³ Per approfondimento, si veda, G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, parte generale, Milano Giuffrè, 2023, p. 575 e ss.

sull'adozione), e si è progressivamente armonizzato con l'impianto generale attraverso interventi interpretativi⁷⁴ e normativi⁷⁵, evitando contraddizioni sistemiche di fondo.

Sin dalla sua introduzione, l'art. 12, comma 6, L. 40/2004 ha attirato l'attenzione di studiosi e giuristi, generando un dibattito intenso sulle sue implicazioni teoriche e applicative. In assenza nei primi anni di una corposa casistica giudiziaria (soprattutto per la parte relativa alla surrogazione, praticata all'estero e dunque inizialmente fuori dalla giurisdizione, e per la parte relativa al commercio di gameti, stante il generale rispetto del divieto da parte dei centri PMA nazionali), la dottrina ha svolto un ruolo primario nell'interpretare la portata della norma. Gli studiosi si sono concentrati, da un lato, sull'analisi dei beni giuridici protetti – identificati principalmente nella dignità della persona (sia della madre surrogata sia del nascituro) e nell'ordine pubblico in materia di stato di famiglia – e, dall'altro, sulla verifica della tenuta sistematica della fattispecie rispetto ai principi penalistici.

Sul piano dottrinale generale, un primo filone interpretativo ha letto la norma in chiave di tutela della persona contro la strumentalizzazione: il divieto penalmente sanzionato servirebbe a impedire che il corpo umano (gameti, embrioni, capacità gestazionale) diventi oggetto di contratto e di commercio, contrastando fenomeni di sfruttamento delle donne e di "*commodification*" della vita nascente. Questa interpretazione trova fondamento nei richiami espressi della Corte Costituzionale alla dignità della donna e del nascituro (già ampiamente richiamati), nonché nei principi sovranazionali (es. la Convenzione di Oviedo del 1997, ratificata dall'Italia, che all'art. 21 vieta guadagni finanziari dal corpo umano e dalle sue parti). In tale ottica, l'art. 12(6) è visto come la sanzione penale di garanzia estrema di valori personalistici e solidaristici sanciti dalla Costituzione (artt. 2, 3 e 32 Cost., per la tutela della salute e dignità, art. 29 e 30 Cost. per l'ordine nella filiazione).⁷⁶

Un altro approccio dottrinale ha invece sottolineato la dimensione di ordine pubblico e bioetica: la norma penale fungerebbe da baluardo per un modello di famiglia e di filiazione che il legislatore ha

⁷⁴ Cfr., Corte di Cassazione - sez. III pen. – sent. 36221/2019

⁷⁵ Si veda la legge 169/2024. Pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 18 novembre 2024, introduce una clausola di extraterritorialità che rende punibile in Italia, in base al principio della personalità attiva, il reato di maternità surrogata commesso da un cittadino italiano all'estero. La norma modifica l'articolo 12 della legge 40/2004, estendendo la punibilità anche alle condotte commesse all'estero, anche se non considerate illecite nel paese in cui sono state compiute

⁷⁶ Richiamato nella *Convenzione di Oviedo* (art. 21) e nei riferimenti dottrinali in *Schede di lettura*, p. 11-12 .

scelto di preservare. In questo senso, l'incriminazione della surrogazione è stata letta come strumento per evitare la creazione di legami di filiazione non riconosciuti dal nostro ordinamento (madre genetica diversa dalla madre gestante e legale), prevenendo conflitti sullo *status* dei bambini e garantendo il principio *mater semper certa est*. La severa repressione del commercio di gameti si colloca sul medesimo piano, ribadendo la non patrimonialità dei rapporti di filiazione e la gratuità delle donazioni di cellule umane. Dottrina e atti parlamentari hanno rimarcato che il legislatore del 2004, con tale disposizione, ha inteso affermare un'etica pubblica della procreazione: in Italia la generazione di una vita non può mai essere oggetto di transazione economica né di accordi che ne snaturino la genitorialità, pena l'intervento punitivo dello Stato. Questo si collega a una visione fortemente protettiva della famiglia tradizionale e della funzione materna: la surrogazione (specie se onerosa) viene concepita come contraria ai principi di ordine pubblico – tanto che la stessa nullità civile di eventuali accordi di surrogazione è stata dedotta in giurisprudenza dall'esistenza del divieto penale.

La giurisprudenza, da parte sua, ha progressivamente delineato i contorni applicativi della norma, pur senza discostarsi dai suoi enunciati di fondo. In sede di legittimità costituzionale, va segnalato che l'art. 12, comma 6 (prima dell'ultima riforma che ivi ci occupa) non è mai stato dichiarato illegittimo nelle sue linee essenziali. Le Corti hanno anzi confermato la validità del precetto: la Corte Costituzionale, oltre a ribadire (nella sent. 162/2014) la piena perdurante efficacia del divieto di surrogazione, ha come visto espresso nella sent. 272/2017 un duro giudizio di disvalore etico-sociale sulla pratica.⁷⁷ Tale affermazione, seppur formulata nel contesto di una questione sul riconoscimento dello *status filiationis*, riflette un orientamento di principio che rafforza l'interpretazione restrittiva: la surrogazione è incompatibile con i valori costituzionali di dignità umana.

In sede di legittimità penale, l'interpretazione si è focalizzata soprattutto sulla prima parte della norma dopo la svolta del 2014. Come accennato, la Corte di Cassazione (Sez. III pen.) con sentenza n. 36221/2019 ha affrontato il tema del commercio di gameti all'indomani della liberalizzazione della fecondazione eterologa, stabilendo che la fattispecie penale non è stata abrogata ma va riletta

⁷⁷ Discussa in Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p. 7, per la qualificazione della surrogazione come lesiva della dignità femminile e contraria ai valori costituzionali

in conformità ai principi di gratuità della donazione.⁷⁸ In pratica, la Cassazione ha escluso che la caduta del divieto di fecondazione eterologa potesse caducare anche il reato: quest'ultimo sussiste tuttora, ma il suo presupposto materiale è circoscritto alle ipotesi di scambio economico di gameti (dovendosi invece ritenere lecita la donazione gratuita). Questa pronuncia ha offerto un'interpretazione adeguatrice della norma, mantenendola nell'ordinamento con un significato "aggiornato" e compatibile con il mutato quadro normativo: la *ratio legis* originaria – evitare ogni sfruttamento economico della fertilità umana – rimane valida e l'art. 12(6) continua a perseguirla, mentre viene meno l'ulteriore finalità (ormai superata) di impedire qualsiasi fecondazione eterologa.⁷⁹ Sul versante della surrogazione di maternità, la giurisprudenza italiana ha avuto meno occasioni di esprimersi in concreto (dato che, fino a tempi recenti, i casi erano quasi esclusivamente esteri). Le poche pronunce hanno confermato la difficoltà di perseguire penalmente fatti avvenuti fuori dal territorio: come si è detto, la Cassazione n. 13525/2016 ha di fatto ammesso l'inesigibilità della pena per chi agisce all'estero in buona fede.⁸⁰ Al contempo, i giudici civili e minorili, pur muovendosi in un diverso ambito, hanno spesso dovuto bilanciare il divieto penale con i diritti dei minori nati da surrogazione all'estero, talora riconoscendo effetti circoscritti a tali rapporti di filiazione in nome del superiore interesse del minore (soluzione che però non legittima la condotta in sé, la quale rimane vietata).⁸¹ In dottrina si è dibattuto a livello generale se la sanzione penale fosse lo strumento più opportuno per regolare tali materie di frontiera tra etica, medicina e diritto di famiglia. Alcuni autori hanno criticato la scelta punitiva come eccessiva intrusione penale nella sfera privata e negli orientamenti bioetici plurali della società, rilevando come la criminalizzazione di pratiche quali la surrogazione appartenga ad una visione etica particolare (di matrice cattolica o comunque tradizionale) non universalmente condivisa.⁸² Altri, viceversa, hanno difeso la norma sottolineando che l'interesse superiore del nascituro e la dignità delle parti deboli (le donne

⁷⁸ Si veda. P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.360 e ss.

⁷⁹ Su questo punto, si veda, T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, che sottolinea come la finalità dell'art. 12 co. 6 L. 40/2004 sia "la protezione della dignità della persona e la prevenzione di derive mercantili in ambito procreativo", ribadita anche dopo l'introduzione della fecondazione eterologa

⁸⁰ La sentenza è stata oggetto di ampia analisi dottrinale e ha escluso l'applicabilità dell'art. 12, co. 6 a fatti integralmente commessi all'estero, richiamando l'errore inevitabile ex art. 5 c.p. e l'assenza della doppia incriminabilità

⁸¹ Si veda. Pietro Maria Sabella, Op. cit.

⁸² Sul punto, si veda P. M. Sabella, Op. Cit., che denuncia il rischio di un diritto penale moralizzatore, legato a valori bioetici non universali e alle radici confessionali della norma.

potenzialmente sfruttate) giustificano ampiamente l'intervento penale. Questo contrasto dottrinale riflette, in fondo, la dialettica tra due modelli: da un lato, il modello etico-normativo espresso dalla legge 40/2004, dall'altro le spinte verso una maggiore apertura alle nuove forme di genitorialità. Non a caso, il dibattito si è recentemente riaperto con forza in sede politica e accademica in occasione della legge n. 169/2024, che ha reso "universale" il reato di surrogazione: alcuni penalisti hanno messo in guardia circa i rischi di ineffettività e di contrasti con il diritto internazionale derivanti da una punizione "senza confini"⁸³, mentre altri hanno ritenuto tale irrigidimento un segnale necessario per ribadire valori non negoziabili.

In sintesi, l'interpretazione teorico-generale dell'art. 12, co.6 L.40/2004 consolidatasi nel tempo è la seguente: la norma va intesa come strumento di tutela di principi fondamentali (dignità umana, indisponibilità dello status filiationis, solidarietà nella donazione), la cui violazione è considerata dall'ordinamento un disvalore di rilevanza penale. Dottrina e giurisprudenza, pur con sensibilità diverse, convergono nel ritenere che la disposizione persegua finalità legittime e coerenti col sistema, sebbene siano emerse zone d'ombra interpretative (in *primis* la definizione esatta di "realizzare" una surrogazione, o l'individuazione dei soggetti punibili) che richiedono un approccio ermeneutico rigoroso per evitare applicazioni arbitrarie. Sinora, l'assenza di contenziosi penali interni significativi sul punto ha fatto sì che molte di queste questioni restino sul piano teorico; ma il crescente ricorso a tali tecniche e l'evoluzione normativa suggeriscono che il tema rimarrà vivo e soggetto a ulteriori approfondimenti giurisprudenziali.

Sul piano dottrinale, invece, l'art. 12, comma 6 ha sollevato numerose criticità riguardanti sia la tecnica legislativa impiegata, sia la coerenza e l'efficacia del precetto.⁸⁴ Una prima criticità è di ordine redazionale: la scelta di accorpare in un unico comma due fattispecie eterogenee (il commercio di gameti e la surrogazione di maternità)⁸⁵ è stata giudicata infelice da parte della dottrina, in quanto ognuna presenta elementi peculiari e problematiche proprie. Si è osservato che, sebbene entrambe attengano alla sfera della procreazione medicalmente assistita, i profili di offesa e le dinamiche delle condotte differiscono sensibilmente: da un lato si punisce un'attività

⁸³ si veda, P. M. Sabella, Op. Cit. «[...] se la deroga al principio di territorialità [...] possa consolidare il tipo di reato sul piano dell'effettività, o se tale tentativo rischia di tradursi in un'allegoria dell'emenda per fini di simbolica deterrenza».

⁸⁴ *Ivi*, p.3.

⁸⁵ Cfr., T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, p. 119.

fondamentalmente lucrativa relativa a materiale biologico (equiparabile in parte al traffico di organi o di tessuti), dall'altro si punisce una forma di procreazione collaborativa che coinvolge tre soggetti (due genitori committenti e una gestante) e tocca temi di famiglia e stato civile. Inserire le due ipotesi nello stesso comma, con formula unitaria, ha comportato una certa rigidità e mancanza di precisione.⁸⁶ Ad esempio, l'espressione «commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità» mescola un sostantivo (commercializzazione) con un'espressione verbale (surrogazione di maternità) come oggetti diretti dello stesso verbo, creando un costrutto linguisticamente disomogeneo. Alcuni autori avrebbero preferito una tipizzazione separata dei due reati, magari in commi differenti o addirittura in provvedimenti distinti, così da poter calibrare meglio elementi oggettivi e sanzioni per ciascuno.

Una seconda criticità riguarda i profili di tassatività e determinatezza della fattispecie, già accennati in relazione al termine “realizza”. La vaghezza di alcune espressioni – su tutte realizzare la surrogazione di maternità – ha alimentato dubbi sulla rispondenza della norma al principio di legalità in materia penale (art. 25 co.2 Cost.). La norma infatti non definisce cosa debba intendersi per surrogazione di maternità, né specifica il *quid* della condotta di realizzazione. Come evidenziato da commentatori autorevoli, il legislatore non chiarisce se sono punite entrambe le forme di surrogazione (quella con legame genetico della gestante e quella senza legame) e soprattutto non indica il momento consumativo: se basti l'impianto dell'embrione nell'utero altrui, o l'accordo contrattuale tra le parti, oppure occorra la nascita del bambino e la sua consegna.⁸⁷ Questa indeterminatezza parrebbe creare incertezze applicative e lasciare troppo margine all'interprete, con il rischio di decisioni discordanti. Finora la questione non si è posta in tribunale per l'assenza di casi interni, ma permane come criticità teorica. Alcuni giuristi hanno invocato un intervento chiarificatore del legislatore o, in difetto, un'interpretazione restrittiva che delimiti la punibilità ai soli atti medici di procreazione surrogata (vedendo in ciò il nucleo centrale del disvalore), escludendo ad esempio la penalizzazione della mera intesa privata o di condotte successive alla nascita. Altri, al contrario, ritengono che proprio la formulazione ampia sia voluta per non lasciare zone franche – e suggeriscono di leggere “realizza la surrogazione” in senso estensivo, così da poter

⁸⁶ Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p. 5.

⁸⁷ *Dossier n. 184/2022*, Camera dei Deputati.; E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2, c.p.? cit.*, 81-82;

sanzionare tutti i partecipi (committenti e gestante inclusi) coinvolti nell'operazione procreativa.⁸⁸ Questa divergenza interpretativa è figlia, in parte, della poca felicità terminologica della norma, su cui la dottrina critica concorda.

Un ulteriore profilo problematico investe la coerenza del trattamento sanzionatorio. La pena prevista – reclusione fino a 2 anni e multa fino a 1 milione di euro – è piuttosto inconsueta nel panorama penale: se da un lato il massimo edittale di detenzione è relativamente basso (2 anni colloca il reato tra quelli di minore gravità, di fatto consentendo la sospensione condizionale della pena e misure alternative alla detenzione⁸⁹), dall'altro la pena edittale è estremamente elevata, ben superiore a quelle previste per reati comuni di pari gravità. Ciò rivela l'intento di incidere soprattutto sul piano patrimoniale (dissuadere dal lucro, colpire i potenziali guadagni illeciti di cliniche o intermediari), ma ha suscitato perplessità sulla proporzionalità: ci si chiede se una multa fino a un milione di euro non sia sproporzionata in rapporto alla reclusione massima di 24 mesi. Alcuni commentatori hanno parlato di “doppio binario sanzionatorio sbilanciato”, dove la componente pecuniaria appare più afflittiva di quella detentiva. In sede di dibattito parlamentare nel 2004 questa scelta fu giustificata con la volontà di scoraggiare le organizzazioni private e le cliniche straniere dal rivolgersi a clienti italiani, creando un deterrente economico fortissimo. Eppure, sul piano della coerenza interna all'ordinamento, si nota che reati forse paragonabili (ad esempio l'intermediazione illecita in adozioni o il traffico di organi) prevedono pene differenti e, spesso, più elevate sul versante detentivo ma non così pesanti su quello finanziario. Questa disarmonia sanzionatoria è stata evidenziata in dottrina come un difetto tecnico, segnalando il rischio che, nella prassi, l'applicazione effettiva di multe così alte possa incontrare ostacoli (insolvibilità dei condannati, necessità di modulare la pena pecuniaria in concreto).

Critiche sono state mosse anche alla scelta politico-criminale di fondo: una parte della dottrina, soprattutto quella più attenta all'evoluzione dei costumi sociali e dei diritti delle coppie, ha giudicato la norma eccessivamente punitiva e moralizzatrice⁹⁰. Si è sostenuto che questioni delicate

⁸⁸ Si vedano, *Camera dei Deputati – Servizio Studi, Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale*, 17 maggio 2022, *XVIII Legislatura*, p. 2; Pietro Maria Sabella, *Op. cit.* p. 3.

⁸⁹ Per approfondimento, si veda P. Balducci, A. Macrillò, L. Violi, *Esecuzione Penale e Ordinamento Penitenziario*, Giuffrè, 2024, pp. 630 e ss.

⁹⁰ *Infra*, M. D'Amico, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in «Osservatorio Costituzionale», fasc. 4/2023, 1° agosto 2023, p.13

come la genitorialità e le tecniche riproduttive andrebbero regolate primariamente con strumenti civilistici o amministrativi (nullità degli accordi, controllo medico, linee guida), ricorrendo al diritto penale solo come *ultima ratio* in casi di vero sfruttamento o commercio su larga scala. La criminalizzazione *in toto* della surrogazione, senza distinguerne le circostanze, è stata vista da alcuni come indice di un approccio ideologico e non pragmatico, potenzialmente in contrasto con il principio di offensività (sanziona anche condotte consenzienti che non producono un danno immediato individuabile, se non un supposto *vulnus* all'ordine pubblico familiare). La coerenza del precetto – si sostiene da questa prospettiva – sta proprio nella sua fermezza: disapprovare penalmente ogni ipotesi di surrogazione e di commercio procreativo rispecchia un coerente disegno valoriale in cui la genitorialità non è disponibile a contrattazione.

Infine, nel valutare la coerenza sistematica, si è posto il tema dell'effettività: una norma penale così severa sul piano simbolico rischia di essere poco applicata nella realtà (specie considerando l'estensione extraterritoriale). In effetti, fino alla riforma del 2024, l'elusione pratica del divieto attraverso viaggi all'estero è stata piuttosto frequente, vanificando in parte l'intento deterrente interno. Questa situazione paradossale – divieto assoluto sul libro, ma numerosi casi di surrogazione realizzati all'estero e poi “sanati” in qualche modo in sede civile – ha fatto parlare alcuni di “ipocrisia legislativa” o di scarsa coerenza tra norma e realtà. La recente estensione della punibilità anche ai fatti esteri mira a colmare il “gap”, ma sarà da verificare se ciò condurrà a un'applicazione effettiva (ci si interroga sulla prova delle condotte avvenute oltre confine, sulla collaborazione di paesi stranieri, ecc.). La dottrina penalistica più avvertita pone dunque l'accento su questa criticità pratica: un diritto penale poco applicabile o aggirabile rischia di perdere autorevolezza e di alimentare conflitti interpretativi.⁹¹ Per tale ragione, c'è chi auspica un riordino complessivo della materia, magari inserendo la fattispecie in una cornice normativa più ampia (es. una riforma organica dei reati in materia di bioetica e famiglia) per assicurarne coerenza e concretezza.

In conclusione, il comma 6 dell'art. 12 L.40/2004, pur animato da finalità chiare e sostenuto – almeno inizialmente – da un consenso parlamentare ampio, presenta alcune fragilità nella formulazione e attuazione, ben evidenziate in dottrina. Tali criticità non ne hanno sinora inficiato la legittimità né impedito l'operatività di principio, ma costituiscono punti nevralgici su cui la riflessione giuridica continua a interrogarsi, specie alla luce dei mutamenti sociali e normativi intercorsi dal 2004 ad oggi. L'auspicio emerso in ambito accademico è che il legislatore, lungi dal

⁹¹ *Infra*, V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge “Varchi”*, in «La legislazione penale», 2024 p. 3.

limitarsi ad inasprire le pene o ampliare la portata spaziale del reato, valuti in futuro un raffinamento tecnico della norma, così da mantenere ferma la tutela dei beni coinvolti, eliminando al contempo le ambiguità lessicali e le possibili incoerenze sistematiche segnalate dagli interpreti.

§ 2.1.1. Il delitto comune di pura condotta

Come già ampiamente anticipato, la legge n. 40 del 2004 sulla procreazione assistita prevede, all'art. 12 comma 6, un reato in materia di maternità surrogata. In particolare, considerando il mero tenore letterale della norma (si veda § 2.1) , parrebbe trattarsi di un delitto comune, poiché può essere commesso da “chiunque” senza necessità di particolari qualifiche soggettive (sono punibili tanto i medici o intermediari quanto i committenti stessi).⁹² Il bene giuridico tutelato dalla norma è individuato nella dignità della persona umana – in particolare la dignità della donna gestante e del bambino nato – la cui mercificazione attraverso pratiche di surrogazione si ritiene lesiva.⁹³ Proprio la tutela di tali interessi fondamentali (dignità della madre e del nascituro) giustifica la scelta del legislatore di approntare una sanzione penale a carico di chi viola il divieto di surrogazione di maternità. La Corte Costituzionale, come già anticipato, del resto, ha ribadito in più occasioni la gravità di tale pratica⁹⁴, definendola «offesa intollerabile della dignità della donna, che mina nel profondo le relazioni umane».⁹⁵

Dal punto di vista dogmatico, il reato *ex art. 12 co. 6 L.40/2004* si configura come reato di mera (o pura) condotta.⁹⁶ Ciò significa che la fattispecie incriminatrice parrebbe perfezionarsi con il mero compimento di una delle condotte tipiche descritte dalla norma, senza che sia richiesto il verificarsi di un evento di danno ulteriore.⁹⁷ In altri termini, il fatto tipico “*si esaurisce nella condotta del*

⁹² Cfr., T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, p. 1406.

⁹³ si veda, C. Danisi, *Maternità surrogata come reato “universale”: considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea*. GENIUS, 2023(2), p.4

⁹⁴ cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 33/2021.

⁹⁵ cit. Corte Costituzionale, sentenza n. 272/2017.

⁹⁶ Si veda, P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.359 e ss.

⁹⁷ Cfr., A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*. Torino, Giappichelli, 2012, pp. 144 e ss.

soggetto”, mentre non è necessaria la produzione di un risultato esterno perché il reato sia consumato. La tipicità del delitto di surrogazione, dunque, risiede unicamente nel porre in essere una delle azioni vietate (realizzare, organizzare, pubblicizzare) – condotte tutte descritte in forma alternativa – a cui è ricollegata la sanzione penale. È sufficiente il compimento anche di una sola di tali condotte affinché il reato sia integrato.⁹⁸ Non occorre, invece, che la maternità surrogata giunga a compimento con il parto, né che il neonato venga effettivamente consegnato ai committenti, trattandosi di elementi estranei alla struttura tipica del reato.

In questo senso, la surrogazione di maternità parrebbe essere un reato istantaneo: si consumerebbe nel momento in cui viene posta in essere la condotta vietata, senza necessità di ulteriori conseguenze fattuali. Di conseguenza, rispetto a tale fattispecie non assumerebbe rilevanza il nesso di causalità tra condotta ed evento (dato che l’evento in senso naturalistico manca), diversamente da quanto avviene nei reati di evento propriamente detti (ad es. nell’omicidio è indispensabile, ai fini della tipicità, la morte della vittima quale evento causato dall’azione).⁹⁹

Occorre chiarire la differenza concettuale tra reato di pura condotta e reato di evento, poiché essa incide sia sulla costruzione della fattispecie tipica sia sul principio di offensività. Nei reati di evento, la norma incriminatrice richiede espressamente un evento (un risultato) conseguente alla condotta: ad esempio, nella fattispecie di lesioni personali o di omicidio l’evento di danno – rispettivamente la lesione dell’integrità fisica o la morte della vittima – è parte integrante del contenuto tipico e condizione per la consumazione del reato. In tali ipotesi l’offesa al bene giuridico protetto (la vita, la salute, il patrimonio, ecc.) si manifesta in forma di danno concreto, misurabile nell’evento verificatosi. Ne consegue che, per l’esistenza del reato, è necessario provare il nesso causale tra la condotta e l’evento (ai sensi degli artt. 40-41 c.p.), ossia che l’azione od omissione dell’agente abbia provocato l’evento richiesto dalla norma. Viceversa, nei reati di mera condotta l’ordinamento punisce il solo fatto di agire (o di omettere) in un certo modo vietato, indipendentemente da qualsivoglia esito ulteriore. La tipicità qui risiede esclusivamente nella condotta: non vi sono eventi da provare, né da attendere. L’offesa al bene giuridico, in questi casi, è anticipata o presunta: il legislatore considera la condotta di per sé lesiva o pericolosa per l’interesse protetto, anche in assenza di un danno tangibile immediato. Si pensi, ad esempio, al reato di

⁹⁸ Cfr., T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, pp.1402 e ss.

⁹⁹ Si veda, F. Farri, *Il reato di surrogazione di maternità: profili giuridici*, in «L-Jus», fasc. 1, 14 agosto 2024

istigazione a delinquere (art. 414 c.p.): esso si consuma con il semplice fatto di pubblicamente incitare altri a commettere reati, senza necessità che qualcuno commetta davvero il delitto istigato. Allo stesso modo, nel delitto di surrogazione di maternità, il diritto penale interviene a sanzionare l'azione in sé – la stipulazione e attuazione di un accordo surrogatorio o la sua promozione – in quanto considerata di per sé offensiva per valori fondamentali, a prescindere dall'effettivo verificarsi di un evento ulteriore come la nascita o la consegna del bambino ai genitori committenti.¹⁰⁰

In termini di offensività, anche i reati di mera condotta debbono comunque trovare giustificazione in un'offesa (reale o potenziale) a un bene giuridico: nel caso di specie, la sola esecuzione di una gravidanza per conto altrui parrebbe ledere in maniera compiuta la dignità della gestante e l'ordine pubblico sulla procreazione, realizzando un reato di danno rispetto a tali beni

Le condotte prodromiche, invece, come l'organizzazione o la pubblicizzazione di pratiche di surrogazione, pur non ledendo ancora in via immediata il bene giuridico, sembrerebbero integrare reati di pericolo che anticipano la soglia della tutela penale: l'ordinamento le incrimina perché creano le condizioni per la possibile lesione (pericolo concreto nell'organizzare una surrogazione, pericolo presunto o astratto nel fare pubblicità a tale possibilità)

Tale anticipazione della soglia di punibilità è ritenuta costituzionalmente legittima – anzi doverosa – proprio in virtù della particolare importanza dei beni protetti.¹⁰¹

In definitiva, la tipicità del delitto di maternità surrogata è costruita in modo tale da colpire qualsiasi comportamento volto a realizzare o favorire tale pratica, ritenuto di per sé lesivo o pericoloso per il valore fondamentale della dignità umana.

Un breve confronto con altre fattispecie analoghe aiuta a delineare meglio la struttura di questo reato. Nel codice penale e nella legislazione speciale italiana non mancano esempi di delitti di mera condotta posti a tutela di beni di rango etico-sociale, in cui la mera attività, a prescindere dal risultato, è punita per prevenire offese a valori fondamentali. Ad esempio, i reati di prostituzione minorile o sfruttamento della prostituzione (cfr. artt. 600-*bis* e 3 legge 75/1958) puniscono chi organizza o favorisce rapporti sessuali a fini di lucro, anche se l'atto si compie consensualmente: qui il solo fatto di mercificare il corpo altrui è considerato offensivo per la dignità della persona, in

¹⁰⁰ *Infra*, F. Farri, *Il reato di surrogazione di maternità: profili giuridici*, in «L-Jus», fasc. 1, 14 agosto 2024, par. 1.5.

¹⁰¹ Si vedano, Corte Cost., n. 79/2022; Corte Cost., n. 33/2021; Corte Cost., n. 272/2017.

modo simile alla mercificazione della maternità vietata dalla legge 40/2004. Ancora, la legge sulle adozioni prevede il delitto di affidamento illegale di minore: *«Chiunque, in violazione delle norme ... affida a terzi con carattere definitivo un minore, ovvero lo avvia all'estero perché sia definitivamente affidato, è punito...»*¹⁰²

Tale fattispecie sanziona la consegna di un bambino a terzi al di fuori delle procedure legali, senza richiedere ulteriori eventi di danno – se non la situazione stessa di illegittimo distacco del minore dai genitori naturali. Similmente, l'organizzazione di viaggi allo scopo di compiere atti sessuali con minori all'estero (il c.d. “turismo sessuale”, art. 600-*quinquies* c.p.) è punita come delitto di mera condotta: basta organizzare o pubblicizzare il viaggio illecito, senza necessità che l'abuso avvenga, a dimostrazione di come l'ordinamento penale reprima anche atti meramente preparatori, ritenuti particolarmente offensivi. Nel nostro caso, la surrogazione di maternità ex art. 12 L.40/2004 si inserisce in questa linea di tutela anticipata e rigorosa di beni sensibili: analogamente ai casi citati, l'elemento materiale è definito da una condotta vietata (realizzare, organizzare, pubblicizzare accordi surrogatori) mentre non è previsto alcun evento di risultato; la lesione al bene giuridico (dignità della madre e del nascituro, nonché l'ordine pubblico in materia di filiazione) si considera insita o potenzialmente connessa a tale condotta. La giurisprudenza di legittimità e costituzionale, come già accennato, conferma tale inquadramento, enfatizzando il disvalore insito nell'accordo di surrogazione, richiamando principi di ordine pubblico e offensività per legittimare il divieto assoluto di queste pratiche. In conclusione, il delitto di maternità surrogata previsto dall'art. 12, co. 6 L.40/2004 rappresenta a tutti gli effetti un reato comune di pura condotta: la sua struttura tipica prescinde da eventi di danno espliciti, anticipando la soglia di tutela penale al momento stesso in cui si pone in essere la condotta proibita, ritenuta di per sé lesiva di beni giuridici di rango primario. Questo inquadramento dogmatico risulta coerente con la finalità della norma – preservare la dignità e l'umanità della procreazione – e trova riscontro tanto nella teoria penalistica quanto nelle pronunce giurisprudenziali che ne hanno confermato la legittimità e la fondatezza sul piano del principio di offensività.¹⁰³

¹⁰² Art. 71, legge 4 maggio 1983, n. 184.

¹⁰³ Si veda, F. Farri, Il reato di surrogazione di maternità: profili giuridici, in «L-Jus», fasc. 1, 14 agosto 2024.

§ 2.1.2. Le condotte alternative del delitto (*realizzare, organizzare, pubblicizzare*)

Come visto nell'inquadramento normativo (*supra*, § 2.1), l'ordinamento italiano punisce qualsiasi forma di ricorso alla maternità surrogata. Come si è chiarito (*supra*, § 2.1.1), il delitto in esame è configurato dalla dottrina e dalla giurisprudenza come reato comune di mera condotta: è un delitto comune poiché può essere commesso da chiunque (non essendo richieste qualifiche soggettive particolari in capo all'autore), e un reato di pura condotta poiché per la sua consumazione non è necessario il verificarsi di un evento di danno specifico (ad es. la nascita o l'effettiva attribuzione del bambino ai committenti). In altri termini, il reato è integrato per il solo fatto di porre in essere una delle condotte vietate (realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione). Ciò implica che la punibilità non è subordinata al completamento della gravidanza né all'instaurazione di un legame genitore-figlio con i committenti: l'illecito è consumato già con l'atto di dare avvio o di contribuire alla pratica vietata.¹⁰⁴

Dal punto di vista dei beni giuridici tutelati, l'orientamento prevalente individua nella norma una tutela della dignità della persona – in particolare della donna gestante e del bambino nato – ritenendo la surrogazione lesiva di tale dignità in quanto comporta la strumentalizzazione del corpo della donna e la mercificazione della filiazione. La Corte Costituzionale stessa ha più volte ribadito che la maternità surrogata «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*», sottolineando il rischio di sfruttamento delle donne in situazioni di vulnerabilità.¹⁰⁵ In questa prospettiva assiologica, la prima delle condotte previste (la “realizzazione” di una surrogazione) costituisce un reato di danno in quanto produce la lesione compiuta del bene giuridico protetto (la dignità materna e la genuinità del rapporto di maternità).¹⁰⁶

Le altre due condotte incriminate (“organizzare” e “pubblicizzare”) integrano invece reati di pericolo: esse non ledono in via immediata e attuale il bene protetto, ma creano le premesse affinché tale lesione possa verificarsi. L'organizzazione di una surrogazione configura un'ipotesi di pericolo concreto (un avanzamento sostanziale verso la realizzazione di una maternità surrogata illecita), mentre la pubblicizzazione si qualifica come reato di pericolo astratto, in quanto idonea in sé ad aumentare il rischio del ricorso a tale pratica. Si assiste dunque a un'anticipazione della tutela penale, giustificata – secondo il legislatore e la giurisprudenza – dalla particolare importanza dei

¹⁰⁴ Si veda, F. Farri, Op. cit.

¹⁰⁵ cit. Corte Cost., sent. n.272/2017

¹⁰⁶ cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 24001/2014

valori in gioco (dignità della donna e del nascituro). Naturalmente, il diverso disvalore delle condotte (danno *vs* pericolo) potrà rilevare in sede di determinazione concreta della pena, pur a parità di cornice edittale.¹⁰⁷

L'art. 12, co. 6, L. 40/2004 incrimina tre condotte alternative, ciascuna sufficiente a integrare il reato qualora posta in essere anche singolarmente. Tali condotte – realizzare, organizzare e pubblicizzare pratiche di maternità surrogata – delineano diverse modalità di partecipazione al fenomeno illecito, coprendo tanto la fase esecutiva della surrogazione quanto le attività preliminari e di supporto. Di seguito si analizzeranno distintamente le tre ipotesi, alla luce della loro definizione giuridica e dell'interpretazione offertane dalla giurisprudenza.

La “realizzazione” di una maternità surrogata è la condotta più direttamente riferita al compimento della pratica vietata, ossia alla gestazione per altri. Secondo la definizione accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, essa consiste nel condurre una gravidanza portando a termine il parto per conto di terzi, con l'impegno di consegnare il neonato al committente (o ad altra persona da lui indicata). Si tratta dunque della tipica ipotesi in cui una donna (cosiddetta madre surrogata o gestante per altri) porta avanti una gestazione non per sé, ma per soddisfare il desiderio di genitorialità altrui, rinunciando fin dall'origine ai diritti e doveri che l'ordinamento normalmente le riconoscerebbe in qualità di partoriente e madre biologica. Il fulcro della condotta sta in questo accordo di sostituzione nella genitorialità: la gestante accetta di “sostituirsi” alla committente nel generare il figlio, per poi cedere quest'ultimo al committente stesso, realizzando così la “surrogazione” della maternità in senso proprio.

Sotto il profilo materiale, la surrogazione di maternità viene di regola attuata mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita (fecondazione in vitro, trasferimento di embrioni, ecc.), ad esempio impiantando nella gestante un embrione ottenuto con gameti dei committenti o di donatori. Tuttavia, la formulazione ampia della norma (“in qualsiasi forma”) indica che anche modalità naturali di concepimento rientrano nel divieto, purché sussista l'accordo surrogatorio di consegna del nato. Si pensi al caso in cui la donna rimanga incinta per via naturale (magari mediante un rapporto concordato con il padre committente) con l'intesa di consegnare poi il neonato a quest'ultimo: anche tale ipotesi configurerebbe una realizzazione di maternità surrogata in senso

¹⁰⁷ Si veda, F. Farri, Op. Cit.

penalmente rilevante.¹⁰⁸ In effetti, sebbene lo schema tipico sia quello della fecondazione artificiale, la legge colpisce qualsiasi procedura o situazione in cui vi sia una dissociazione programmata tra gravidanza/parto e genitorialità legale. Ne consegue che anche condotte di “surrogazione tradizionale” (con fecondazione naturale e successiva consegna del neonato) ricadono nel divieto, avvicinandosi peraltro a fenomeni di traffico di neonati o di affidamento illegale *extra ordinem*. In tali casi, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere sussistente un rapporto di specialità tra il reato di surrogazione di maternità e i delitti di affidamento o adozione illegale di minori disciplinati dalla legge n. 184/1983. La specificità della surrogazione, infatti, risiede proprio nell'accordo precedente alla nascita, che distingue questa fattispecie dagli altri illeciti di alterazione di stato o di intermediazione illecita di minori (i quali tipicamente intervengono dopo il parto, per alterare le normali procedure di adozione).¹⁰⁹ In altri termini, quando la consegna del nato a terzi è pianificata sin dall'inizio della gravidanza, si ricade nell'art. 12, co.6, L. 40/2004, mentre le norme sugli affidamenti illegali (artt. 71 ss. L. 184/1983) trovano applicazione se la decisione di cedere il minore avviene *post partum* e fuori dalle ipotesi surrogatorie.¹¹⁰ Non è decisivo, a tal fine, il momento effettivo della consegna del neonato (che potrebbe anche avvenire qualche tempo dopo la nascita, ad esempio per consentire l'allattamento iniziale da parte della gestante): ciò che rileva è che l'impegno alla consegna sia stato assunto prima del parto, caratterizzando così l'intera gestazione come surrogata. Inoltre, va segnalato che la realizzazione di una maternità surrogata si può accompagnare ad ulteriori reati, in concorso materiale: tipicamente, all'atto della dichiarazione di nascita possono verificarsi condotte di falsità ideologica o di alterazione di stato civile (art. 567 c.p.) qualora, per esempio, la madre surrogata non venga indicata come partoriente e il neonato venga attribuito falsamente alla committente. In tali ipotesi, il reato di surrogazione concorre con quello di alterazione di stato, poiché quest'ultimo tutela l'interesse pubblicistico alla veridicità dello *status* civile e sanziona la formazione di atti di nascita non veritieri.¹¹¹

¹⁰⁸ Cfr., T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, pp.1402 e ss.

¹⁰⁹ *Infra*, A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, Giappichelli., 2012, pag. 145

¹¹⁰ Anche la Corte di Cassazione, Sezione III penale, con la sentenza n. 5198 del 10 febbraio 2021, ha ribadito la correttezza dell'impostazione interpretativa seguita dai giudici di merito nella decisione del Tribunale di Pesaro, confermandone le conclusioni in punto di applicazione dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004.

¹¹¹ Si veda, F. Farri, *Op. Cit.*

Un punto centrale da chiarire riguarda i soggetti attivi della condotta di “realizzazione”. La lettera della legge utilizza “chiunque”, indicando che non solo la madre gestante può esserne responsabile, ma anche tutti coloro che contribuiscono alla realizzazione della pratica. In prima linea vi è ovviamente il committente o la coppia committente, i quali avviano il progetto di surrogazione e beneficiano dell’accordo: costoro, pur non essendo materialmente i gestanti, realizzano la pratica surrogatoria servendosi dell’utero altrui e dunque rispondono penalmente *ex art. 12, co.6* in qualità di coautori o istigatori. Allo stesso modo, eventuali medici o biologi che eseguano le tecniche di fecondazione artificiale su una donna allo scopo di farle condurre una gravidanza per altri, integrano certamente la condotta di realizzazione (in concorso con la gestante e i committenti).¹¹² La giurisprudenza ha evidenziato proprio che la “realizzazione” di una maternità surrogata può essere configurata in capo al medico che esegue le pratiche illecite, in concorso con i “genitori” committenti e con la gestante.¹¹³ È quindi erroneo ritenere che solo la donna che porta avanti la gravidanza sia autore del reato: al contrario, tutti i partecipi all’accordo surrogatorio – madre surrogata, genitori intenzionali ed eventuali intermediari materiali – ne condividono la responsabilità penale, in base ai principi generali sul concorso di persone (art. 110 c.p.). Si noti, peraltro, che a differenza di altre ipotesi previste dalla legge 40/2004, nel caso della surrogazione non opera alcuna causa di non punibilità per i beneficiari della pratica: l’art. 12, comma 8 esonera infatti da responsabilità l’uomo o la donna ai quali sono applicate talune tecniche illecite (ad es. fecondazione eterologa non consentita), ma tale esonero non si applica alla maternità surrogata, che è sanzionata sempre come reato per tutti i soggetti coinvolti. Dunque i committenti, lungi dall’essere considerati vittime, sono penalmente perseguibili al pari della gestante e di eventuali operatori.

Sul piano del momento consumativo, la condotta di realizzazione si caratterizza per una struttura a formazione progressiva. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il reato, *prima facie* diversamente da quanto detto in precedenza, si perfeziona con la nascita a gestazione ultimata, momento in cui si concretizza la totale sostituzione di maternità con la consegna del neonato, ma comprende tutte le condotte antecedenti ad essa funzionali e causali rispetto all’esito finale.

¹¹² Cfr., E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.?* Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori, in NotPol 2014, cit., p. 81

¹¹³ Cfr., M. Zinani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in Giurisprudenza Penale Web, 2024, 10

Ciò significa che l'intero processo che porta alla nascita surrogata – dalla stipula dell'accordo iniziale, alla fecondazione e gravidanza, fino al parto – è considerato dall'ordinamento come un'unica sequenza unitaria ai fini del divieto penale. In termini pratici, qualora la gravidanza surrogata giunga a compimento con la nascita, la consumazione del reato avviene in quel momento finale; tuttavia, le azioni precedenti non restano impunte qualora, ad esempio, la pratica venisse interrotta prima del parto. In tal caso, come si dirà, potrà configurarsi la punibilità a titolo di tentativo se gli atti compiuti avevano inequivocabilmente avviato il percorso surrogatorio (si pensi a una gravidanza iniziata ma non giunta a termine). In ogni caso, la Cassazione ha adottato un'interpretazione ampia di “realizzazione in qualsiasi forma” tale da ricomprendere anche gli atti preparatori strettamente connessi all'attuazione della surrogazione.¹¹⁴

Infine, va rilevato che la natura onerosa o gratuita dell'accordo di surrogazione è irrilevante ai fini dell'integrazione del reato. La legge italiana vieta la surrogazione di maternità in ogni caso, senza distinguere se la gestante riceva un compenso (surrogazione commerciale) oppure agisca per altruismo (surrogazione c.d. “solidaristica”). Anche una surrogazione svolta a titolo gratuito – ad esempio da parte di una parente o amica dei committenti – ricade pienamente nel divieto penale.¹¹⁵ Naturalmente, sotto il profilo etico e sanzionatorio, una surrogazione commerciale presenta un disvalore aggiuntivo legato alla mercificazione della capacità procreativa; tale profilo potrà semmai rilevare nella graduazione della pena (in concreto un giudice potrà valutare più severamente un caso di “utero in affitto” retribuito rispetto a un caso altruistico). Ma sul piano dell'esistenza del reato, non vi è differenza: anche la surrogazione altruistica è illecita, come affermato con vigore dalla Cassazione, la quale ha escluso che forme “consensuali e gratuite” di surrogazione possano considerarsi non lesive dei beni tutelati. Le Sezioni Unite civili (intervenute in tema di riconoscimento di figli nati all'estero) hanno infatti ribadito che non è consentito all'interprete “ritagliare” eccezioni al divieto per ipotesi ritenute meno gravi: «non è consentito (...) escludere la lesività della dignità della persona umana (...) là dove la pratica della surrogazione sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche».¹¹⁶ In sintesi, per il nostro ordinamento anche la libera disponibilità del proprio corpo da parte della

¹¹⁴ Si veda, Corte di Cassazione, Sez. III Penale, sentenza n. 5198 del 2020

¹¹⁵ M. Zincani, Op. Cit.

¹¹⁶ Corte di Cassazione, SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162

gestante non giustifica la pratica, poiché la dignità in gioco è indisponibile. Ciò conferma la linea di assoluta intransigenza della legge italiana sul punto.¹¹⁷

La seconda condotta sanzionata dall'art. 12, co.6 è l'“organizzazione” di pratiche di maternità surrogata. Questa figura incriminata mira a colpire chiunque favorisca o renda possibile la surrogazione, svolgendo un ruolo di coordinamento, intermediazione o supporto logistico-giuridico. In termini generali, per organizzare si intende compiere atti volti a predisporre e facilitare concretamente la realizzazione di una maternità surrogata (vale a dire la condotta già esaminata). Esemplificando, ricade in questa ipotesi mettere in contatto la potenziale gestante con i committenti, fungere da intermediario tra di loro, oppure predisporre il quadro giuridico e materiale dell'accordo (ad esempio redigendo contratti, reperendo documenti falsi, procurando i medici o la clinica necessari). In definitiva, “organizza” chiunque svolga un ruolo attivo dietro le quinte della surrogazione, senza magari partecipare direttamente alla gravidanza ma fornendo un contributo essenziale perché l'accordo di maternità surrogata si perfezioni.

Questa previsione è evidentemente rivolta a contrastare il fenomeno delle agenzie e intermediari specializzati, spesso operanti a livello transnazionale, che offrono servizi completi per le coppie intenzionate ad avere un figlio tramite surrogata. Tali soggetti infatti “organizzano” in senso letterale la pratica: selezionano le madri surrogate, curano gli aspetti medici e legali, e gestiscono gli accordi economici. La legge, però, non distingue tra chi svolge questa attività in modo professionale e continuativo e chi lo fa in modo occasionale o non oneroso: qualsiasi forma di organizzazione rientra nel divieto. Dunque anche il singolo caso in cui, ad esempio, un individuo senza scopo di lucro metta in relazione un'amica disposta a fare da surrogata con una coppia sterile, integrerà comunque la fattispecie penale di organizzazione di surrogazione. Il carattere abituale o lucrativo potrà eventualmente costituire un elemento utile in sede di definizione della pena, ma ai fini della configurabilità del reato “l'organizzazione di pratiche di surrogazione di maternità risulta del tutto irrilevante [quanto al fatto] che sia occasionale o professionale, a titolo gratuito od oneroso”, poiché in ogni caso il reato “sarà consumato”.

Nella prassi, la linea di confine tra “realizzare” e “organizzare” può essere sottile: spesso i medesimi soggetti compiono in parte atti esecutivi (realizzativi) e in parte atti organizzativi. Ad esempio, i committenti che stipulano un contratto con un'agenzia estera e forniscono il proprio

¹¹⁷ Si veda, Si veda, F. Farri, *Il reato di surrogazione di maternità: profili giuridici*, in «L-Jus», fasc. 1, 14 agosto 2024.

seme o ovuli stanno sia organizzando (predisponendo l'accordo) sia concorrendo alla realizzazione. Tuttavia, la distinzione ha rilievo perché la legge incrimina anche l'organizzazione di per sé, cioè a prescindere dall'effettivo compimento della gravidanza. Ciò consente di perseguire penalmente condotte preparatorie significative anche se la surrogazione poi non va a buon fine. Il delitto, infatti, è perfetto non appena l'agente compia atti idonei a rendere concretamente possibile una surrogazione vietata. Basterà, ad esempio, aver messo in contatto la gestante con i futuri genitori oppure aver fatto da mediatore stipulando un accordo preliminare, perché il reato di "organizzazione" sia integrato – anche se poi, per qualsivoglia ragione, la gravidanza surrogata non venga portata a termine. In termini giuridici, ci troviamo di fronte ad un reato a consumazione anticipata: l'ordinamento punisce la messa in pericolo avanzata del bene giuridico, anticipando la soglia di tutela alla fase organizzativa precedente il danno.¹¹⁸

La giurisprudenza ha avuto modo di cimentarsi con la definizione dei confini di questa condotta soprattutto in relazione a fatti commessi parzialmente all'estero. Prima delle recenti riforme (v. oltre), infatti, sorgeva il problema di stabilire se determinate attività preparatorie svolte in Italia potessero far ritenere il reato consumato sul territorio nazionale, pur se la gravidanza surrogata avveniva poi altrove. Un caso emblematico è stato affrontato dalla Cassazione Penale nel 2020. In quella vicenda, una coppia di cittadini italiani aveva perfezionato un programma di surrogazione in Ucraina (dove la pratica è ad oggi lecita), svolgendo però dall'Italia alcuni contatti preliminari via email con la clinica ucraina. Il procedimento penale in Italia era stato dichiarato improcedibile, in quanto tutte le condotte significative erano avvenute all'estero e non vi era, allo stato della legge dell'epoca, la possibilità di applicare la legge italiana a fatti integralmente commessi fuori dal territorio senza un'apposita richiesta ministeriale. La Cassazione confermò tale esito, rilevando che nel caso di specie l'imputazione era stata formulata solo in termini di "realizzazione" di surrogazione, mentre non era stata contestata l'"organizzazione" né il tentativo. In altre parole, i giudici sottolinearono che se fosse stata contestata l'attività organizzativa avviata in Italia (i contatti preparatori via email), forse la valutazione sarebbe potuta essere differente. Tale pronuncia indica dunque che la condotta di organizzazione ha una portata tale da coprire anche atti iniziali come prendere contatto con una clinica estera, interpretati come inizio di esecuzione del reato in Italia.¹¹⁹ La dottrina infatti osserva che già "prendere contatto con la struttura sanitaria [estera] presso cui condurre un concreto intervento di surrogazione costituisce, obiettivamente, l'avvio" della condotta

¹¹⁸ Si veda, F. Farri, Op. Cit.

¹¹⁹ Cass. Penale, sez. III, n. 5198/2020

di organizzazione punita dalla legge. Pertanto, allo stato attuale, chi dall'Italia compie operazioni organizzative (anche telematiche) finalizzate a una surrogazione all'estero, commette il reato sul territorio italiano. Si comprende come questa interpretazione estensiva miri a evitare facili elusioni: il legislatore e i giudici intendono colpire non solo l'evento finale (la nascita da surrogata), ma anche tutto il processo organizzativo che potrebbe svolgersi in parte in Italia (ad es. accordi, pagamenti, selezione delle parti) sfruttando poi la realizzazione all'estero. In definitiva, organizzare significa contribuire in modo significativo alla riuscita di una maternità surrogata, predisponendo i mezzi e i collegamenti necessari: una condotta che l'ordinamento equipara, quanto a illiceità, alla realizzazione stessa.¹²⁰

La terza condotta prevista dall'art. 12, comma 6 è quella di “pubblicizzare” la surrogazione di maternità. Con ciò si intende divulgare al pubblico informazioni circa la possibilità di ricorrere a tale pratica vietata, promuovendola o rendendo noti mezzi e contatti utili per organizzarla. In altri termini, si punisce l'attività promozionale o pubblicitaria finalizzata a facilitare l'incontro tra domanda e offerta di surrogazione. Esempi tipici sono: la diffusione di annunci (su internet, su riviste specializzate, ecc.) che offrano servizi di maternità surrogata; l'organizzazione di eventi o fiere in cui vengano presentate cliniche o agenzie estere che offrono la gestazione per altri; la pubblicazione di opuscoli o siti web con indicazioni su come e dove effettuare surrogazioni all'estero. Anche segnalare pubblicamente l'esistenza di un intermediario disposto a mettere in contatto potenziali genitori e potenziali gestanti rientra nella pubblicizzazione illecita.

La *ratio* di tale previsione è colpire la propaganda e il reclutamento relativi a una pratica considerata dall'ordinamento contraria all'ordine pubblico. Si vuole impedire che si diffonda la pubblica offerta di servizi di surrogazione, arginando così il fenomeno sul nascere. È importante notare che la norma non richiede alcun particolare mezzo o forma: qualsiasi modalità di diffusione al pubblico (“in qualsiasi forma”) è rilevante, sia essa a titolo gratuito che dietro compenso, occasionale oppure sistematica. Dunque rientra nel divieto tanto il singolo annuncio informale (ad es. un post su un forum online) quanto la campagna pubblicitaria organizzata da un'agenzia. Ciò la distingue dall'“organizzazione” in senso stretto: quest'ultima implica un coinvolgimento attivo nel predisporre una surrogazione specifica, mentre la “pubblicizzazione” può anche limitarsi a un'attività più generale di promozione, che potenzialmente raggiunge un pubblico indifferenziato di interessati.

¹²⁰ Si veda, Si veda, F. Farri, *Il reato di surrogazione di maternità: profili giuridici*, in «L-Jus», fasc. 1, 14 agosto 2024

Data la natura spiccatamente strumentale e anticipatoria di questa condotta, essa è configurata come reato di pericolo astratto (come già accennato, vedi paragrafo precedente). La semplice diffusione di informazioni è considerata meritevole di sanzione perché idonea a incoraggiare o facilitare il ricorso alla surrogazione da parte di terzi, a prescindere dal fatto che dalla pubblicità derivi effettivamente una gravidanza surrogata. Non occorre, per la consumazione, che qualcuno raccolga l'annuncio e intraprenda la pratica: basta aver messo in circolazione il messaggio illecito. Sotto questo profilo, la condotta di pubblicizzazione si pone in rapporto con altre figure di reato previste dal codice penale, quali l'istigazione o la pubblica apologia di reati (artt. 414 e 415 c.p.), sebbene se ne distingua nettamente per il fatto di essere specificamente riferita alla surrogazione di maternità e di essere tipizzata in maniera autonoma. In effetti, la pubblicità della surrogazione può anche essere vista come una forma di favoreggiamento (*ex ante*) di tale reato, ma il legislatore ha scelto di incriminarla espressamente come condotta a sé stante, proprio per rimarcarne la gravità.

Un aspetto problematico emerso di recente, riguarda la tolleranza o meno di condotte di questo genere da parte delle autorità. Sono noti, ad esempio, eventi organizzati in Italia (come saloni o “*convention*” sulla fertilità) nei quali venivano presentate opportunità di surrogazione all'estero da parte di agenzie internazionali, spesso pubblicizzando servizi completi per coppie italiane. Tali iniziative hanno suscitato polemiche e interrogativi sull'obbligo di intervento penale. Secondo parte della dottrina, qualsiasi fenomeno pubblicitario relativo alla maternità surrogata andrebbe immediatamente perseguito dalle procure in base al principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale. Si è osservato che la mancata repressione di fiere o annunci di surrogazione contrasta con il chiaro dettato normativo e rischia di vanificare la tutela apprestata dalla legge. In questa prospettiva, è stato addirittura prospettato l'intervento dei Procuratori Generali presso le Corti d'Appello per esercitare il potere di avocazione delle indagini (*ex art. 412 c.p.p.*) qualora le procure territorialmente competenti restino inerti di fronte a manifestazioni pubbliche del fenomeno. Al di là di questi aspetti applicativi, è evidente che la pubblicizzazione costituisce la condotta più “a monte” nel ventaglio delle ipotesi criminose: punendo la semplice promozione, il legislatore intende scoraggiare fin dalla fase informativa qualsiasi apertura verso la surrogazione.

In sintesi, pubblicizzare la maternità surrogata significa fare da tramite informativo affinché altri possano organizzare/realizzare una surrogazione. Rappresenta una fattispecie di contorno ma cruciale per l'effettività del divieto: senza pubblicità, sarebbe più tortuoso per i potenziali committenti venire a conoscenza di offerte e contatti; di contro, colpendo anche la pubblicità, l'ordinamento mira a isolare e marginalizzare completamente la pratica.

Trattandosi di reati a condotta libera e potenzialmente plurisoggettiva, particolare attenzione meritano i profili del concorso di persone e del tentativo nell'art. 12, comma 6.

Sul versante del concorso di persone (art. 110 c.p.), come già anticipato, e come sarà trattato a breve, la struttura stessa della fattispecie lascia intendere che più soggetti possono concorrere fra loro nella realizzazione del delitto.¹²¹ Anzi, nella pratica della maternità surrogata è quasi inevitabile il coinvolgimento di una pluralità di soggetti: i committenti, la gestante, eventuali intermediari, sanitari, ecc. La norma incriminatrice, pur elencando separatamente le condotte, non configura reati distinti a carico di ciascuno, bensì un unico reato comune plurisoggettivo eventualmente a concorso necessario materiale. In altri termini, se più persone cooperano – ognuna con ruoli diversi – all'attuazione di una surrogazione di maternità (o alla sua organizzazione/pubblicizzazione), tutte risponderanno del medesimo reato *ex art. 12, co.6*, in concorso tra loro¹²². Ad esempio, nel caso paradigmatico: la coppia committente e la donna surrogata concorrono nel reato di “realizzazione” della surrogazione; se vi è un medico che pratica l'impianto embrionale, anch'egli concorre in tale delitto; se interviene un agente intermediario che mette in contatto le parti, egli potrebbe concorrere come organizzatore (o essere autore della distinta condotta di organizzazione, a seconda dei casi). La legge non richiede una previa intesa criminosa stabile (come sarebbe per un'associazione a delinquere *ex art. 416 c.p.*), essendo sufficiente la partecipazione, anche episodica, al fatto vietato con coscienza e volontà di contribuire ad esso. Dunque, i concorrenti possono avere ruoli eterogenei ma convergenti verso l'obiettivo di portare a termine la surrogazione o di promuoverla.¹²³

Un tema discusso è se alcune condotte, in particolare quelle sussidiarie come l'organizzazione o la pubblicizzazione, esauriscano di per sé il disvalore penale rendendo superfluo (o assorbito) il concorso come istigazione o favoreggiamento. In realtà, data la tipizzazione autonoma, la condotta di pubblicizzazione per esempio non richiede di essere qualificata come istigazione altrui a delinquere: essa è già di per sé un reato, senza bisogno di ricorrere all'art. 414 c.p. Analogamente, chi organizza professionalmente surrogazioni non verrà in genere incolpato di associazione per delinquere salvo che non sussista una struttura stabile e pluripropositiva: la mera attività organizzativa relativa a singoli casi, ancorché ripetuta, è stessa oggetto della norma speciale art. 12

¹²¹ Cfr., A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*. Torino: Giappichelli 2012, cit., 145.

¹²² E. Dolcini, *La procreazione*, cit., p. 1553; nonché più di recente ID., *Surrogazione di maternità all'estero*, cit., p. 81

¹²³ Si veda, F. Farri, *Op. Cit.*

co.6, che prevale sull'eventuale concorso esterno. Solo qualora si configurasse un vero sodalizio criminoso con fine di commettere ripetutamente surrogazioni (ad es. un'organizzazione ramificata con più persone dedite sistematicamente a questo traffico) allora potrebbe astrattamente aggiungersi l'art. 416 c.p.; nella realtà applicativa, tuttavia, non risultano allo stato condanne per associazione a delinquere in casi di surrogazione, limitandosi le imputazioni al reato specifico.

Va poi ricordato che, in ipotesi peculiari, la partecipazione di taluni soggetti può risultare non punibile per ragioni di politica criminale. Un esempio è quello – spesso citato in dottrina – del nascituro o del neonato: trattandosi del “bene protetto”, ovviamente il bambino nato non è punibile né direttamente (essendo incapace di agire penalmente) né indirettamente; le norme penali anzi lo tutelano. Anche la madre genetica (quando diversa dalla gestante, ad es. nei casi di ovodonazione con surrogata) non viene in considerazione come autore del reato, se il suo ruolo si esaurisce nella donazione di gameti, poiché la commercializzazione di gameti è un distinto illecito previsto sempre dal medesimo art. 12 co.6 (alternativo alla surrogazione) e in ogni caso la donazione altruistica non è di per sé sanzionata. Rileverà invece la sua eventuale partecipazione all'accordo surrogatorio in senso lato se, ad esempio, è anche committente (come nel caso di coppia omosessuale maschile con ovodonazione da terza donna: quest'ultima in genere resta estranea, salvo si provi un suo concorso nell'accordo di cessione del neonato).

Per quanto riguarda la configurabilità del tentativo, occorre chiedersi se il delitto di cui all'art. 12, co.6 sia punibile anche quando la condotta incriminata non giunge a compimento per cause indipendenti dalla volontà dell'agente (art. 56 c.p.). In base ai principi generali, i delitti sono tentabili salvo diversa previsione, e nel caso di specie nulla esclude l'applicazione dell'art. 56. Dunque sì, è ammissibile il tentativo di surrogazione di maternità. La dottrina conferma che “il reato deve considerarsi punibile anche a titolo di tentativo” quando vengano posti in essere atti idonei diretti in modo non equivoco a realizzare, organizzare o pubblicizzare la pratica, senza che questa si perfezioni.¹²⁴ Le ipotesi configurabili possono essere molteplici: ad esempio, un tentativo di realizzazione si avrebbe se la gravidanza surrogata viene avviata (impianto embrionale effettuato) ma poi non va a buon fine per cause naturali o per ripensamento; un tentativo di organizzazione ricorre se l'agente compie atti organizzativi significativi (contatti, accordi) ma l'operazione viene interrotta prima di raggiungere uno stadio avanzato; un tentativo di pubblicizzazione vi sarebbe se

¹²⁴ Cfr., T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, pp.1402 e ss.

un soggetto predisponga un messaggio pubblicitario illecito e magari lo invia a una testata, ma la pubblicazione viene bloccata dalle autorità o non ha luogo per altri motivi. In tutte queste situazioni gli elementi costitutivi del reato non si realizzano completamente, ma gli atti preparatori hanno oltrepassato la soglia della mera ideazione, divenendo atti esecutivi idonei. Pertanto, l'agente potrà essere chiamato a rispondere di tentativo punibile (con la riduzione di pena prevista dall'art. 56 c.p.). Va aggiunto che, in non pochi casi, ciò che *prima facie* potrebbe sembrare un tentativo potrebbe invece rientrare già nella condotta consumata di "organizzazione": si pensi ai contatti preliminari con una clinica, che – come visto – sono stati interpretati come atto integrante l'organizzazione consumata. La linea di demarcazione è sottile e dipende dal grado di concretezza e univocità degli atti: la giurisprudenza dovrà valutare caso per caso se ci si trovi di fronte a un atto ormai consumato (ad es. un contratto di surrogazione già concluso tra le parti potrebbe configurare un'organizzazione consumata) oppure a un'attività incompiuta e suscettibile di qualificazione come tentativo.

Il delitto di surrogazione di maternità presenta diversi punti di contatto e di distinzione rispetto ad altre fattispecie dell'ordinamento penale, che è opportuno esaminare per chiarire il suo inquadramento sistematico.

1. Reati in materia di adozione e stato civile: Come accennato, l'art. 12, co.6 l. 40/2004 si colloca accanto alle norme penali che tutelano la regolarità delle adozioni e dello status di filiazione. In particolare, la legge n. 184/1983 prevede i delitti di affidamento illegale e di indebita intermediazione in adozioni (artt. 71–72 L. 184/1983),¹²⁵ volti a sanzionare chi vende o cede un minore eludendo le procedure adottive. La maternità surrogata si differenzia da tali ipotesi perché l'accordo di cessione riguarda un nascituro non ancora venuto alla luce, mentre l'affidamento illegale concerne un bambino già nato e anagraficamente registrato. Per questo si parla di specialità reciproca: se l'accordo di consegna è prenatale, si applica la disciplina della surrogazione (*lex specialis* per tale situazione); se invece la decisione di affidare il minore a terzi matura dopo la nascita, fuori dal caso surrogatorio, troveranno applicazione le norme sull'adozione illegale. Ciò evita sovrapposizioni: ad esempio, nel caso di una madre naturale che, senza aver pianificato nulla in gravidanza, decida dopo il parto di consegnare clandestinamente il neonato a una coppia in cambio di denaro, non si configurerà la

¹²⁵ Cfr., T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, pp. 1399 e ss.

surrogazione (mancando il patto gestazionale iniziale), bensì i reati di cui alla L. 184/1983 (vendita di minore, alterazione di stato, ecc.). Viceversa, nella surrogazione programmata, gli stessi fatti (consegna del neonato, eventuale falsa registrazione come figlio dei committenti) avverranno ma saranno assorbiti nell'ambito applicativo dell'art. 12, co.6, salvo – come detto – concorrere con l'eventuale falsificazione di stato civile qualora venga redatto un atto di nascita non veritiero. In quest'ultimo caso, il reato di surrogazione e quello di alterazione di stato (art. 567, co.2 c.p.) concorrono materialmente, tutelando beni diversi (rispettivamente: la dignità/ordine pubblico familiare, e la pubblica fede nello stato civile). Sul piano sanzionatorio, è interessante notare che la surrogazione di maternità (reclusione fino a 2 anni) è punita meno severamente di taluni reati in materia di minori (l'alterazione di stato prevede la reclusione fino a 5 anni).¹²⁶ Ciò riflette forse l'idea che nella surrogazione il consenso iniziale della madre gestante (sia pure invalido per l'ordinamento) attenua la gravità percepita rispetto a un rapimento o a una sottrazione di minore. Resta comunque chiaro che la legge 40/2004 ha introdotto un tassello specifico per colmare una lacuna: prima del 2004, un accordo di surrogazione poteva essere perseguito solo indirettamente tramite le norme su adozione illegale o sui falsi, mentre ora è colpito di per sé in quanto tale.

2. Intermediazione e sfruttamento commerciale: L'organizzazione di surrogazioni assume spesso le forme di un vero e proprio mercato. Si è parlato al riguardo di “commercializzazione della genitorialità”, tant'è che la norma incriminatrice include espressamente anche la commercializzazione di gameti o embrioni tra i fatti sanzionati. Ciò rivela la volontà legislativa di reprimere ogni fenomeno di intermediazione lucrativa legato alla procreazione: vendere gameti umani, vendere embrioni o “vendere” la capacità gestazionale di una donna (come avviene nel contratto di surrogazione) sono considerate condotte sul medesimo piano di gravità. In effetti, la surrogazione dietro compenso può essere vista come una forma di vendita di un neonato o di affitto del corpo, pratiche contrarie alla dignità umana. Non a caso il Parlamento europeo, ha condannato fermamente la maternità surrogata a fini commerciali come lesiva dei diritti delle donne e dei bambini.¹²⁷ Tuttavia, come già sottolineato, l'ordinamento italiano va oltre, vietando anche le forme non commerciali.¹²⁸ Come si vedrà, da un punto di vista

¹²⁶ Si veda, F. Farri, Op. Cit.

¹²⁷ Parlamento europeo, Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009(INI)), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, C 238 del 6 luglio 2018

¹²⁸ M. Zinani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in Giurisprudenza Penale Web, 2024, 10

comparatistico, altri ordinamenti differenziano: ad esempio il Regno Unito e il Canada permettono la surrogazione altruistica ma vietano quella commerciale, mentre paesi come la Francia e la Spagna vietano la surrogazione dichiarando nulli gli accordi (senza però prevedere sanzioni penali specifiche); la Germania proibisce la surrogazione tramite legge medica (*Embryonenschutzgesetz*) punendo i medici che la praticano, ma non incrimina i committenti. L'Italia invece configura un reato onnicomprensivo per chiunque vi partecipi in qualsiasi forma. Questa peculiarità pone qualche questione di coerenza sistematica: ad esempio, si è dibattuto se fosse opportuno prevedere attenuanti o esimenti per i casi "solidaristici" o di particolare situazione (come nel caso in cui la sorella che fa da surrogata senza compenso). Il legislatore sinora ha escluso deroghe, ritenendo evidentemente che anche in tali ipotesi residui un livello di strumentalizzazione inaccettabile. Sul piano del diritto internazionale privato, la scelta italiana di qualificare la surrogazione come contraria all'ordine pubblico ha conseguenze rilevanti (ad es. non riconoscibilità di provvedimenti stranieri che stabiliscono genitorialità da surrogazione, cfr. *infra*).

3. Reati associativi (associazione per delinquere): Come accennato, se la surrogazione viene praticata da singoli o da piccole unità (coppia + gestante + eventuale medico), non è necessario ricorrere alla fattispecie associativa. Tuttavia, il fenomeno potrebbe assumere dimensioni più organizzate: agenzie con più persone, strutture operative in vari paesi, ecc. In linea teorica, se vi è un'organizzazione stabile di almeno tre persone volta a commettere surrogazioni reiteratamente, potrebbe configurarsi il reato di associazione a delinquere ex art. 416 c.p., con scopo di compiere più violazioni dell'art. 12 co.6. Si tratterebbe di un concorso di reato associativo oltre ai reati-fine di surrogazione eventualmente contestati nei singoli episodi. Finora, non risultano pronunce che abbiano accertato un simile quadro associativo, forse anche perché la surrogazione, essendo all'epoca non perseguibile se commessa interamente all'estero, non dava luogo a indagini così approfondite. Con la nuova estensione di punibilità all'estero (v. oltre), non è escluso che in futuro emergano procedimenti contro vere reti internazionali di surrogazione coinvolgenti cittadini italiani, in cui l'art. 416 c.p. possa essere contestato per la struttura organizzativa stabile (oltre alle singole surrogazioni come reati-fine). In ogni caso, la differenza va sottolineata: l'art. 12 co.6 punisce anche la singola surrogazione e la sua promozione; l'art. 416 c.p. richiede un vincolo associativo stabile rivolto a commettere una pluralità di reati. Quest'ultimo servirebbe per colpire il network criminale eventualmente esistente dietro il fenomeno (es. agenzie colluse, sfruttamento sistematico di donne povere in serie, ecc.), aggravando il trattamento sanzionatorio.

4. Confronto con reati di danno tradizionali: È interessante notare che, pur essendo un reato formalmente di pericolo, la surrogazione di maternità viene percepita dal legislatore come una condotta che comporta una lesione sostanziale a beni di rango costituzionale (dignità umana, ordine pubblico familiare). Si potrebbe definire un reato di pericolo concreto a tutela di beni supra-individuali, in cui la linea tra pericolo e danno è labile. Questo la distingue dai classici reati di danno “materiale” (es. lesioni personali, omicidio, furto, in cui vi è un pregiudizio tangibile a un bene individuale). Nel nostro caso, il danno è più morale e sociale, ma è considerato comunque reale: la violazione della dignità della donna-madre e la compromissione del principio *mater semper certa est*. Proprio per questo, la Corte Costituzionale ha parlato di valori di ordine pubblico, elevando il divieto a principio fondamentale. Come si vedrà può avanti, in due pronunce ravvicinate, la Consulta ha rimarcato che il divieto penale di surrogazione risponde all’esigenza di tutelare principi non negoziabili, ritenendo la sanzione penale addirittura costituzionalmente doverosa per prevenire fenomeni di mercificazione della maternità.¹²⁹ Si è quindi escluso che l’art. 12, co.6 violi principi costituzionali (come il diritto alla genitorialità o all’autodeterminazione), valutando invece che esso realizza un bilanciamento accettabile: tutela la dignità delle parti più deboli (donna e bambino) e, quanto al desiderio di genitorialità dei committenti, lascia spazio semmai ad altri strumenti legali (adozioni in casi particolari, ecc.). In definitiva, benché formalmente classificato tra i reati contro la morale e l’integrità della stirpe (essendo collocato in una legge speciale), il delitto in oggetto si colloca idealmente al crocevia tra tutela della persona (dignità individuale) e tutela di istituti di ordine pubblico (la filiazione e la famiglia).

5. Questioni di giurisdizione ed extraterritorialità: Un’ulteriore questione sistematica ha riguardato, sin dalla sua introduzione, la portata territoriale del reato di surrogazione. Poiché in Italia la pratica è vietata, molti aspiranti genitori si recavano all’estero per realizzarla (il c.d. turismo procreativo). Ci si è dunque chiesti: un cittadino italiano che commette all’estero questo reato può essere perseguito in Italia? Come si vedrà, in base alle regole generali del codice penale, la risposta iniziale era no, salvo condizioni particolari. Infatti, l’art. 9 c.p. consente di perseguire reati comuni commessi all’estero da cittadini italiani solo se puniti con pena superiore ai 3 anni e su richiesta del Ministro della Giustizia. La surrogazione (pena massima 2 anni) rimaneva quindi fuori da questa previsione. Si poteva procedere solo se almeno una parte della condotta avveniva in Italia (principio di territorialità, art. 6 c.p.), come ad esempio un segmento organizzativo sul territorio. La giurisprudenza, come visto, aveva interpretato estensivamente questa possibilità (considerando la

¹²⁹ Corte Costituzionale, sentt. n. 272/2017 n. 33/2021

fase organizzativa in Italia come sufficiente a radicare la giurisdizione). Tuttavia, restavano scoperti i casi di surrogazioni compiute interamente all'estero da cittadini italiani, senza alcun aggancio territoriale.¹³⁰ Come si è visto, questa lacuna normativa ha indotto un acceso dibattito e iniziative legislative per introdurre una sorta di reato universale. Così nel 2024, il Parlamento ha approvato una legge che estende la punibilità della surrogazione anche se commessa all'estero da cittadini italiani. La legge 4 ottobre 2024, n. 169 ha inserito, in coda all'art. 12, co.6, il seguente periodo: «Se i fatti (...) con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana». Ciò significa che, a partire dall'entrata in vigore di tale modifica (3 dicembre 2024), la giurisdizione penale italiana si applica ovunque per questo reato, senza necessità di richiesta ministeriale né di doppia incriminazione¹³¹. Si tratta di una tipica ipotesi di punibilità universale ex art. 7, co.5 c.p., basata sul forte disvalore attribuito al fatto. In altri termini, la surrogazione di maternità è ora equiparata – quanto a perseguibilità extraterritoriale – a reati come la tratta di persone o il turismo sessuale minorile, per i quali l'Italia si arroga il diritto/dovere di reprimere la condotta anche se realizzata altrove. Dal punto di vista sistematico, questa scelta legislativa conferma che l'ordinamento considera il divieto di surrogazione come parte integrante dell'ordine pubblico internazionale italiano. Non a caso le Sezioni Unite civili hanno affermato che il principio del divieto di surrogazione rientra nei valori fondamentali dell'ordinamento, costituendo appunto un elemento di ordine pubblico la cui violazione non può essere tollerata neppure se avvenuta all'estero.¹³² Con la novella del 2024, tale affermazione di principio ha trovato riscontro anche sul piano penale: il messaggio politico-criminale è che un cittadino italiano non può sottrarsi alla legge nazionale andando oltreconfine per cercare ciò che in patria è vietato.

Va tuttavia osservato che questa impostazione rigorosa a livello di *ius puniendi* statuale si scontra con la realtà della libera circolazione e con approcci differenti di altri ordinamenti. Da un lato, l'Italia rivendica l'applicazione dei propri valori anche su fatti esteri (almeno per i suoi cittadini); dall'altro, esistono esigenze – soprattutto legate alla tutela dei minori nati – che impongono un minimo di flessibilità nel riconoscere situazioni generate all'estero. È il delicato tema del riconoscimento dei figli nati da surrogazione all'estero, affrontato più volte dalle nostre corti e da quelle sovranazionali. In ambito penale, la norma ora consente di perseguire i genitori committenti

¹³⁰ Cass. pen., sez. III, n. 5198/2021

¹³¹ Si veda, F. Farri, Op. Cit.

¹³² Ci si riferisce, in questa sede, a Cass. civ., SS.UU., n. 12193/2019; Cass. civ., SS.UU., n. 38162/2022

al loro rientro in Italia; ma sul piano civile rimane il problema dello *status* del bambino. La Cassazione, Sez. Unite, 2019 n.12193 ha negato la trascrizione in Italia dell'atto di nascita estero con due genitori intenzionali, ritenendo ciò in contrasto con l'ordine pubblico (divieto di surrogazione). Tuttavia, ha indicato come soluzione la possibilità per il genitore d'intenzione non biologico di adottare il minore con l'adozione in casi particolari, per salvaguardare la continuità affettiva. La Corte costituzionale, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata su questo punto, rinviando al legislatore l'eventuale intervento e sottolineando che l'interesse del minore può essere tutelato tramite l'istituto dell'adozione speciale.¹³³

Nel 2022 un'altra ordinanza della Cassazione ha nuovamente investito la Consulta del problema, ma la Corte costituzionale ha ribadito che spetta al Parlamento trovare un equilibrio, ritenendo comunque imprescindibile il mantenimento del divieto penale.¹³⁴ Sul versante europeo, la Corte EDU ha adottato un approccio pragmatico: pur riconoscendo un ampio margine agli Stati nel vietare la surrogazione (nessuna disposizione della Convenzione impone di legalizzarla), ha più volte affermato che una volta che un bambino è nato, il suo diritto all'identità e alla vita familiare implica che debba poter veder riconosciuto un legame giuridico con i genitori che di fatto se ne prendono cura.¹³⁵ In particolare, la Corte di Strasburgo ha richiesto che almeno il genitore biologico possa essere riconosciuto legalmente in tempi rapidi, e che anche l'altro genitore (intenzionale non biologico) ottenga una forma di riconoscimento, sebbene possa avvenire anche tramite adozione e non necessariamente con trascrizione diretta dell'atto di nascita. In una decisione recente, la Corte EDU ha ritenuto non violato l'art. 8 CEDU nel caso in cui l'Italia abbia rifiutato la trascrizione integrale dell'atto estero ma abbia permesso il riconoscimento del solo padre biologico e lasciato l'altro genitore alla possibilità dell'adozione particolare. Tale orientamento conferma che il divieto penale italiano è considerato legittimo a livello convenzionale (essendo volto alla protezione di "salute e diritti altrui", cioè della madre surrogata e del bambino, ai sensi dell'art. 8§2 CEDU), ma parallelamente lo Stato deve garantire che il bambino non resti privo di tutele giuridiche.¹³⁶ La dimensione comparata mostra quindi un quadro complesso: l'Italia si colloca sul fronte dei paesi più restrittivi, trasformando il divieto etico in sanzione penale universale, mentre altre nazioni

¹³³ Corte Costituzionale n.33/2021

¹³⁴ Corte Costituzionale n. 79/2022

¹³⁵ v. CEDU, Sez. I, sent. del 22 giugno 2023

¹³⁶ caso *C c. Italia*, sentenza 24 agosto 2023, ric. 47196/21

optano per divieti meno affilati o per la sola non riconoscibilità civile degli effetti della surrogazione.

Diversi interventi giurisprudenziali hanno segnato l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 12, comma 6, fornendo chiarimenti sui suoi elementi e confermandone la legittimità. Sul piano penale, una delle pronunce chiave – già citata – ha affrontato un caso di surrogazione compiuta da cittadini italiani in Ucraina, concludendo per l'improcedibilità in assenza di una richiesta del Ministro (all'epoca necessaria) e per il fatto che nessuna parte sostanziale della condotta si era svolta in Italia. Pur risolvendosi la vicenda in favore degli imputati, la Cassazione ne ha approfittato per delineare i contorni del reato, affermando – come si è visto – che il divieto di realizzare in qualsiasi forma la surrogazione “comprende le condotte antecedenti e funzionali” alla nascita surrogata.¹³⁷ Questa affermazione rafforza l'idea che già la fase preparatoria rientra nel perimetro del fatto punibile, un punto poi superato normativamente dall'estensione di legge del 2024. Dopo il 2024, infatti, le nuove disposizioni rendono più agevole l'azione penale: per i fatti commessi all'estero da cittadini italiani non serve più la richiesta ministeriale, e non occorre più ingegnarsi nel trovare un aggancio territoriale, essendo diventato un reato “di portata universale”. Si attendono quindi, per il futuro, pronunce che applicheranno la nuova norma a casi concreti di surrogazione realizzata all'estero, ponendo magari questioni di compatibilità con il principio di doppia incriminazione o di irretroattività (ad es. casi commessi prima della legge 169/2024). La dottrina ha sottolineato come il legislatore avrebbe potuto modificare l'art. 9 c.p. per inserire il reato fra quelli perseguibili all'estero, ma ha preferito intervenire direttamente sulla legge speciale, con una tecnica normativa di efficacia equivalente.¹³⁸

Sul piano costituzionale, come già esposto, la Corte costituzionale ha avuto modo di scrutinare indirettamente la norma in questione in relazione al diritto del minore nato. Nelle sentenze n. 272/2017, n. 33/2021 e n. 79/2022 la Consulta ha sempre confermato la vigenza del divieto assoluto

¹³⁷ Cass. pen. Sez. III, 16 febbraio 2021 n. 5198

¹³⁸ Per approfondire, si veda la sentenza n. 5198/2020 della Terza Sezione penale della Corte di Cassazione. Essa ha riguardato un caso in cui i giudici di merito avevano dichiarato l'improcedibilità dell'azione penale per difetto di giurisdizione. Nello specifico, la vicenda aveva ad oggetto una surrogazione di maternità interamente svolta in Ucraina, paese in cui la pratica è consentita dalla legislazione nazionale. I protagonisti erano cittadini italiani, ma nessuna delle condotte materiali rilevanti era stata posta in essere sul territorio italiano. La Corte ha evidenziato che non ricorreva alcuno degli elementi di collegamento con l'ordinamento italiano previsti dall'art. 6, comma 2, c.p., escludendo così la sussistenza della giurisdizione penale nazionale. Inoltre, si è chiarito che i contatti preliminari via e-mail tra le parti, aventi ad oggetto l'esplorazione di soluzioni procreative, non costituiscono un inizio di esecuzione penalmente rilevante né dimostrano l'avvenuta decisione di ricorrere alla surrogazione, restando pertanto irrilevanti ai fini della territorialità del reato.

di surrogazione, definendolo espressivo di un principio fondamentale di tutela della dignità. In particolare, nella sent. 272/2017 (inerente al caso Paradiso e Campanelli dopo la pronuncia di Strasburgo) si trova l'affermazione spesso citata: «la pratica della maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane». Questa formula, ripresa nelle decisioni successive, segnala come per la Corte il legislatore non solo può, ma deve reprimere tali condotte, in linea con l'art. 2 Cost. e con la tutela della persona. Al contempo, la Corte ha evidenziato la necessità di tutelare il bambino nato dall'illecito, seppur con mezzi diversi dalla legittimazione della pratica: la soluzione indicata, in mancanza di interventi legislativi, resta quella dell'adozione in casi particolari per il genitore d'intenzione, al fine di garantire al minore una stabilità affettiva e legale senza però avallare la surrogazione sul piano del riconoscimento diretto.

¹³⁹Dal punto di vista strettamente penalistico, nessuna questione di legittimità dell'art. 12, co.6 è mai stata accolta: anzi, la Consulta ne ha rimarcato la necessità. Ne discende che eventuali dubbi (ad esempio sulla proporzionalità della pena o sulla punibilità di condotte ancillari come la pubblicità) sono stati superati dalla considerazione della posta in gioco, ritenuta meritevole di tutela rafforzata.

In sede civile, come accennato, le Sezioni Unite della Cassazione sono intervenute due volte (nel 2019 e nel 2022) sul tema del riconoscimento di status derivanti da surrogazione all'estero. Pur trattandosi di pronunce afferenti al diritto civile internazionale privato, esse contengono importanti affermazioni di principio sul carattere inderogabile del divieto. Nella Cass. civ. Sez. Unite 8 maggio 2019 n. 12193, la Corte ha sancito che il divieto di surrogazione ex art. 12, co.6 L.40/2004 integra un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali dell'ordinamento, e perciò impedisce il riconoscimento di provvedimenti stranieri contrari.¹⁴⁰ Questo riconoscimento del rango "supremo" del divieto è stato poi ribadito dalle Sez. Unite civili 30 dicembre 2022 n. 38162, le quali hanno ulteriormente precisato che neppure il carattere altruistico della surrogazione elimina il conflitto con l'ordine pubblico. Tali arresti giurisprudenziali consolidano il cosiddetto diritto vivente sul tema: la surrogazione di maternità è, per la giustizia italiana, contraria ai nostri principi fondamentali, con tutto ciò che ne consegue sui vari piani (civile e penale).¹⁴¹

¹³⁹ *Infra*, A. Morace Pinelli, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, Giustizia Insieme, 2022.

¹⁴⁰ Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, in Foro it., 2019, I, 1951.

¹⁴¹ Si veda, F. Farri, *Il reato di surrogazione di maternità: profili giuridici*, in «L-Jus», fasc. 1, 14 agosto 2024.

Un cenno, infine, all'evoluzione comparata e agli scenari futuri. Mentre l'Italia irrigidisce il proprio divieto introducendo la punibilità extraterritoriale, il dibattito internazionale è aperto: alcuni paesi stanno valutando di regolare la surrogazione altruistica per incanalarla in forme etiche, altri invece propugnano un bando globale. Il Consiglio d'Europa ha discusso l'ipotesi di una convenzione internazionale sulla surrogazione, senza esiti concreti per ora data la divergenza di vedute fra Stati proibizionisti e Stati permissivi.¹⁴² In questo contesto, la scelta italiana di fare della maternità surrogata un reato universale è una presa di posizione forte, che potrebbe però sollevare problemi pratici di coordinamento con altri ordinamenti (si pensi all'estradizione negata di cittadini stranieri che abbiano commesso il fatto all'estero, o alle difficoltà probatorie nel perseguire fatti avvenuti integralmente fuori dai confini). Sarà la prassi applicativa a dire se questa norma fungerà soprattutto da deterrente simbolico – rafforzando il messaggio etico – o se avrà una concreta incidenza repressiva.

§ 2.1.3. L'elemento soggettivo: dolo e concorso di persone nel reato (art. 110 c.p.)

L'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 rappresenta un delitto intenzionale, per il quale è richiesto il dolo come criterio di imputazione soggettiva (*ex art. 42 c.p.*), essendo esclusa qualsiasi forma di responsabilità colposa. Occorre dunque la coscienza e volontà di porre in essere le condotte vietate di realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della maternità surrogata, nella consapevolezza delle circostanze di fatto che integrano il reato. In termini penalistici, si configura un dolo generico, poiché la norma incriminatrice non richiede alcuna finalità ulteriore da parte dell'agente. Diversamente dai casi di dolo specifico, in cui la legge richiede un obiettivo ulteriore (ad es. l'*animus lucrandi* nel furto), qui è sufficiente la volontà di compiere l'atto proibito, senza che sia necessario perseguire un fine particolare ulteriore.

La legge, nel criminalizzare la pratica della gestazione per altri, non distingue tra surrogazione a scopo altruistico o lucrativo. A differenza della “commercializzazione di gameti o di embrioni” (prima parte del medesimo comma 6), dove è implicito un intento di lucro, per la surrogazione di

¹⁴² Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Children's rights related to surrogacy*, Doc. n. 14140, relatore: Petra De Sutter, Commissione per gli Affari Sociali, la Salute e lo Sviluppo Sostenibile, 23 settembre 2016.

maternità qualsiasi forma di accordo è penalmente rilevante a prescindere dallo scopo perseguito.¹⁴³ In altre parole, anche chi agisce per motivi altruistici – ad esempio una donna che si presta come madre surrogata per aiutare una coppia sterile senza ricevere compensi – realizza comunque il fatto tipico vietato. Il movente soggettivo (che possa essere solidaristico, economico o altro) resta irrilevante ai fini dell'integrazione del reato, non essendo richiesto dalla norma un dolo specifico ulteriore. Ciò che rileva è che l'agente abbia la volontà consapevole di procedere a una gravidanza per conto altrui o di contribuire ad essa in una delle forme descritte dal precetto.

Va precisato che il dolo richiesto abbraccia anche le forme di dolo diretto o eventuale riconosciute dal diritto penale. Pertanto, non solo chi persegue come risultato voluto quello di attuare una surrogazione di maternità, ma anche chi accetta il rischio che la propria condotta vi contribuisca, potrà rispondere a titolo di dolo. Ad esempio, un medico che esegue un impianto di embrioni pur rappresentandosi la concreta possibilità che si tratti di una maternità surrogata vietata, e aderendo a tale evenienza, agirebbe almeno con dolo eventuale e rientrerebbe nel compimento intenzionale del reato. In ogni caso, un generico proposito di aderire a un futuro progetto di surrogazione, quando sia ancora privo di concreti passi attuativi, non è sufficiente: il confine tra la fase preparatoria lecita e l'inizio dell'esecuzione punibile richiede un contributo causale apprezzabile alla procedura vietata (es. avvio effettivo della gravidanza o attività strettamente funzionali a realizzarla). Su questo punto la giurisprudenza ha evidenziato la necessità di delineare con chiarezza le condotte rilevanti: la Cassazione ha osservato che la norma deve circoscrivere le condotte eziologicamente collegate alla nascita e funzionali allo scopo, così da «delimitare il contenuto della fattispecie tipica entro limiti di riconoscibilità [...] e prevedibilità delle conseguenze», giacché «la norma penale deve essere sufficientemente chiara per essere prevedibile il comportamento che è fonte di responsabilità penale». Tale indicazione conferma l'esigenza di ancorare il dolo all'effettiva volontà di realizzare una procedura di maternità surrogata, escludendo ipotesi meramente congetturali o intenzioni vaghe non seguite da atti univoci idonei.

Dal punto di vista dogmatico, la fattispecie in esame è qualificata come reato a dolo generico di mera condotta. La surrogazione di maternità viene infatti configurata come condotta illecita in sé (offesa a beni giuridici di rango costituzionale come la dignità della gestante e l'ordine pubblico in materia di stato di famiglia), senza bisogno di evento di danno ulteriore. La dottrina penalistica più autorevole sottolinea che in tali reati l'elemento soggettivo richiede la semplice volontà cosciente di

¹⁴³ Cfr., Senato della Repubblica – Servizio Studi, Dossier sull'A.S. n. 824. *Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli, p. 8 e ss.

commettere la condotta tipica, con conoscenza del carattere contra ius dell'atto. Nel caso di specie, nessuno degli elementi costitutivi richiede un fine ulteriore: l'animus dell'agente deve essere diretto alla realizzazione dell'accordo di maternità surrogata in violazione di legge, mentre non occorre alcuna specifica finalità di profitto o altro. Ciò comporta, ad esempio, che anche i genitori committenti che agiscono esclusivamente per il desiderio di avere un figlio (fine di per sé non economico né criminoso) integrano comunque il dolo richiesto, poiché volontariamente si determinano a ottenere un figlio mediante una gravidanza portata avanti da un'altra donna in violazione del divieto penale. Analogamente, la madre surrogata che accetta volontariamente di portare a termine la gravidanza per altri manifesta il dolo di realizzare la pratica vietata, indipendentemente dalle sue motivazioni personali.

La mancanza di un requisito di scopo ulteriore implica anche che tutti i partecipanti alla condotta condividono sostanzialmente lo stesso elemento soggettivo, consistente nella cosciente volontà di contribuire alla surrogazione. Non vi è, dunque, il problema della “comunicabilità” del dolo specifico tra concorrenti, che sorge quando solo alcuni agenti perseguono il fine speciale richiesto dalla norma (problematica che si è posta, ad esempio, in tema di furto con dolo specifico di profitto, rispetto ai concorrenti che non traggano beneficio). Nel reato di surrogazione di maternità, ogni concorrente deve semplicemente essere consapevole del carattere di maternità surrogata della pratica e volerla attuare o facilitare. L'assenza di uno scopo di lucro come elemento essenziale fa sì che, sul piano probatorio, rilevino soprattutto gli indici fattuali di partecipazione volontaria al programma comune (accordi stipulati, procedure mediche eseguite, ruoli svolti da ciascuno), da cui desumere la volontà di ciascun agente di realizzare quella specifica fattispecie illecita.

Sul versante giurisprudenziale, fino a tempi recenti l'applicazione pratica della norma penale è stata limitata, circoscritta soprattutto ai casi di coppie italiane ricorse a tale tecnica all'estero. Non risultano pronunce relative a condotte commesse interamente in Italia, dato che la pratica è vietata in modo assoluto e ha indotto chi la desiderava a rivolgersi a paesi esteri in cui la surrogazione è lecita. Ciò ha lasciato alcuni margini di incertezza interpretativa, ad esempio circa l'individuazione dei possibili autori del reato: in assenza di casi interni, parte della dottrina si chiedeva se dovesse punirsi solo il medico che materialmente effettua l'impianto (interpretazione restrittiva), oppure tutti i soggetti coinvolti a vario titolo (lettura estensiva).¹⁴⁴ L'opinione oggi prevalente, confortata da argomenti sistematici, propende per la seconda soluzione: la norma si rivolge a “chiunque, in

¹⁴⁴ Cfr., Senato della Repubblica – Servizio Studi, Dossier sull'A.S. n. 824. *Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli., p. 8 e ss.

qualsiasi forma” attui la surrogazione, pertanto tutti i partecipanti consapevoli possono assumere il ruolo di autori o coautori (dalla coppia committente, alla gestante, ai mediatori e sanitari).

Un sostegno testuale a questa interpretazione si ricava dal comma 8 dello stesso art. 12, che esclude la non punibilità della coppia che si sottopone alle tecniche nei casi di maternità surrogata (a differenza di altri casi di PMA non consentita in cui i pazienti non sono punibili). Il legislatore ha dunque volutamente omesso qualsiasi esenzione a favore dei committenti o della gestante, lasciando intendere la loro piena responsabilità penale al pari degli altri agenti coinvolti.

Le pronunce più significative si sono occupate per lo più della dimensione transnazionale del reato, ossia se e come punire il cittadino italiano che realizzi all'estero la surrogazione. Prima della recente riforma, gli ermellini erano orientati nel negare l'applicabilità dell'art. 12, co. 6 ai fatti interamente commessi all'estero, in assenza di un frammento della condotta in territorio italiano. Di conseguenza, le coppie che avevano svolto la procedura oltreconfine in conformità alla legge locale non venivano perseguite al rientro in Italia. In alcune decisioni, anzi, la Corte di Cassazione ha riconosciuto agli imputati una vera e propria esimente da “errore inevitabile sul divieto”: si è ritenuto che il cittadino italiano ricorso alla surrogazione in un Paese dove essa è consentita non potesse essere punito, perché incorso in un'inevitabile ignoranza della legge penale italiana, dato il quadro normativo incerto sulla doppia incriminazione richiesta per i reati commessi all'estero.

Emblematico è il caso della Cassazione penale, che confermò l'assoluzione di una coppia proprio in ragione dell'errore scusabile circa la punibilità in Italia di una condotta svolta legalmente all'estero (all'epoca, l'applicabilità territoriale della norma era dibattuta).¹⁴⁵ Questa giurisprudenza “permissiva” è stata superata con la Legge 4 novembre 2024, n. 169, che ha espressamente esteso la punibilità del cittadino italiano per il delitto di maternità surrogata anche se commesso all'estero.¹⁴⁶

Dal 3 dicembre 2024 (data di entrata in vigore della riforma), il dolo dell'agente parrebbe quindi dover ricomprendere anche la consapevolezza della vigenza del divieto per i fatti commessi all'estero: non sarà più ammessa l'ignoranza scusabile (*ex art 5 c.p.*) della legge italiana in ragione della liceità dello Stato estero, poiché il legislatore ha chiarito in modo inequivoco la rilevanza penale universale di tale condotta. In sintesi, dopo la riforma, qualsiasi cittadino italiano che volontariamente partecipi a un programma di gestazione per altri, ovunque esso sia realizzato, agirà

¹⁴⁵ Cass. pen. Sez. V, n. 13525/2016

¹⁴⁶ Si veda, a tal proposito, Senato della Repubblica – Servizio Studi, *Dossier sull'A.S. n. 824. Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli

con dolo rilevante per la legge italiana e potrà essere chiamato a risponderne dinanzi ai nostri giudici.

Come già anticipato, data la natura complessa della surrogazione di maternità, che presuppone necessariamente il coinvolgimento di più soggetti, si pone il tema del concorso di persone ex art. 110 c.p. nella commissione del reato. La struttura della fattispecie incriminatrice è monoffensiva (un solo fatto di reato, sebbene pluriconcorsuale di regola) e a soggettività libera: “chiunque” può esserne autore, indipendentemente da particolari qualità personali. Di conseguenza, quando più individui contribuiscono alla realizzazione dell’accordo surrogatorio, ciascuno con condotte proprie, trova applicazione il regime generale del concorso di persone. Ciascun concorrente deve condividere il dolo di voler realizzare o far realizzare una gravidanza per conto altrui, apportando un contributo causale apprezzabile. In virtù del principio di equivalenza delle cause (art. 110 c.p.), tutti coloro che cooperano volontariamente nel fatto rispondono del medesimo reato, anche se le loro condotte sono eterogenee e assumono rilievo in fasi diverse (dall’organizzazione preliminare, all’esecuzione medica, fino alla consegna del neonato ai committenti).

Va evidenziato che, nel delineare le condotte tipiche (realizzare, organizzare, pubblicizzare), la norma copre molteplici ruoli all’interno dell’accordo criminoso, rendendo spesso ciascun partecipe direttamente autore di almeno una delle azioni vietate. Ad esempio, l’intermediario che mette in contatto la coppia con la gestante “organizza” la surrogazione; il medico che effettua l’impianto embrionale ne “realizza” la fase esecutiva; chi diffonde annunci o offre servizi di “utero in affitto” “pubblicizza” la pratica. Anche la coppia committente e la madre portatrice – ancorché siano i destinatari finali e le parti “beneficiarie” dell’accordo – compiono in senso lato la condotta di realizzare la maternità surrogata, contribuendo attivamente all’esito vietato (la nascita di un bambino in virtù di un accordo di surroga). In tal modo, tutti costoro possono essere considerati coautori, avendo posto in essere condotte che rientrano nelle categorie tipiche descritte dalla legge. Resta comunque possibile ipotizzare forme di partecipazione atipica: ad esempio, soggetti che pur non rientrando nelle azioni tipiche forniscano agevolazione o contributi minori (es. un assistente che aiuti logisticamente, o un legale che rediga il contratto di surrogazione). In tali casi, essi risponderanno parimenti ex art. 110 c.p., come concorrenti nel reato, a condizione che abbiano la volontà di contribuire alla surrogazione illecita con cognizione del fatto.

Di seguito si analizzano le principali posizioni soggettive coinvolte, chiarendo per ciascuna i profili di dolo e responsabilità concorsuale.

CAPITOLO II

La gestante (madre surrogata) riveste un ruolo centrale: è colei che porta avanti la gravidanza e partorisce il bambino destinato ai committenti. Dal punto di vista del dolo, la madre surrogata deve essere consapevole dell'accordo e disposta a cedere il neonato dopo il parto, aderendo volontariamente al patto surrogatorio. La giurisprudenza non prevede alcuna esclusione di responsabilità per questo soggetto; anzi, come detto, l'art. 12, co. 8 non include la surrogazione tra i casi di non punibilità per la donna a cui sono applicate le tecniche.¹⁴⁷ Ciò significa che la gestante, se agisce con coscienza e volontà, risponde penalmente al pari degli altri, benché talora in letteratura la sua figura venga considerata meritevole di particolare tutela (specie se versi in condizioni di vulnerabilità o bisogno economico). In sede applicativa, ovviamente, si potrà tenere conto delle motivazioni e del grado di coinvolgimento della gestante ai fini del trattamento sanzionatorio concreto (ad esempio accordando attenuanti generiche se il suo apporto è stato secondario o viziato da sfruttamento altrui). Tuttavia, sul piano strutturale, la madre surrogata integra pienamente gli estremi del reato: realizzare una gravidanza per conto altrui contra legem costituisce la condotta tipica cui il suo contributo è indispensabile, e la sua partecipazione attiva e consapevole concretizza l'elemento soggettivo doloso richiesto.

Anche la coppia committente (i cosiddetti genitori d'intenzione) è destinataria della norma penale e viene pacificamente chiamata a rispondere in concorso.¹⁴⁸ I congiunti richiedenti sono in genere coloro che desiderano il figlio e che, spesso, forniscono il materiale genetico (almeno il padre biologico, se il seme proviene da uno dei membri della coppia). In termini di dolo, i committenti agiscono con la volontà di ottenere un figlio tramite la surrogazione, accettando l'accordo illecito e cooperando alla sua attuazione ¹⁴⁹(ad esempio finanziando le spese mediche, concordando il contratto di surroga, ecc.). Anche per loro il legislatore non prevede esenzioni: diversamente da quanto avviene per altre violazioni in tema di procreazione assistita, i pazienti/committenti non beneficiano di alcuna causa di non punibilità per il solo fatto di essere i destinatari finali della pratica. Pertanto marito e moglie (o conviventi) che commissionano la maternità surrogata devono considerarsi autori del reato a titolo di concorso morale e materiale: essi infatti normalmente promuovono e organizzano la procedura, trovando la gestante e mettendo a disposizione le risorse

¹⁴⁷ Cfr., Senato della Repubblica – Servizio Studi, Dossier sull'A.S. n. 824. *Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli, p. 8 e ss.

¹⁴⁸ Cfr., Senato della Repubblica – Servizio Studi, Dossier sull'A.S. n. 824. *Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli

¹⁴⁹ *Infra*, V. Tigano, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in Riv. It. Dir. Proced. Pen., 3/2021, p. 1052 e ss.

necessarie (configurando così almeno il ruolo di organizzatori), e di fatto realizzano il proposito vietato di avere un figlio al di fuori dei percorsi legali (adozione) autorizzati dall'ordinamento. Il loro elemento soggettivo è in re ipsa: nella misura in cui consapevolmente ricorrono a una surrogazione, allo scopo di conseguire la genitorialità al di fuori delle regole, manifestano pienamente il dolo di violare il divieto di legge. Nemmeno l'eventuale buona fede di agire “per amore di un figlio” può esonerarli, trattandosi di motivazione non rilevante penalmente – salvo il possibile errore sul divieto, ormai difficilmente invocabile dopo la novella del 2024.

Un aspetto peculiare concerne i casi in cui solo uno dei due membri della coppia partecipi attivamente mentre l'altro si limiti ad un assenso passivo. In linea di principio, entrambi rispondono se entrambi erano a conoscenza e consenzienti: l'adesione morale al piano, specie nell'ambito di una coppia unita dall'obiettivo comune, è sufficiente a configurare il concorso. Tuttavia, qualora uno dei partner ignorasse totalmente l'iniziativa (ipotesi remota, ma si pensi a un uomo che fornisca il proprio seme credendo a una normale fecondazione e non sapendo che verrà impiantato in una terza donna), costui difetterebbe del dolo e non potrebbe essere chiamato a rispondere. In pratica, la prova della compartecipazione psicologica di entrambi i membri della coppia sarà essenziale: il più delle volte l'accordo di surroga è frutto di una decisione condivisa, e dunque marito e moglie saranno entrambi concorrenti nel reato; ma nelle rare ipotesi di dissenso o inconsapevolezza di uno di essi, si dovrà escludere la sua responsabilità per difetto di elemento soggettivo.

Figure cruciali nel “mercato” della surrogazione illegale sono gli intermediari, o facilitatori che mettono in relazione la domanda (coppie che cercano un figlio) con l'offerta (donne disposte a portare avanti la gravidanza). ¹⁵⁰Questi soggetti realizzano tipicamente la condotta di “organizzare” la maternità surrogata, curando gli aspetti logistici, contrattuali ed economici dell'operazione. In base alla formulazione legislativa, anche la mera pubblicizzazione di tale pratica integra reato: ne consegue che agenzie e soggetti che fanno propaganda o offrono pubblicamente servizi di gestazione per altri rispondono penalmente per il solo fatto di pubblicizzare l'utero in affitto (anche se poi la surrogazione non va a compimento). Dal punto di vista del dolo, per costoro normalmente è presente un intento di lucro (si tratta spesso di attività a pagamento), ma – come già osservato – questo non rileva come elemento essenziale bensì come eventuale movente. Ai fini dell'incriminazione basta che l'intermediario sappia di contribuire a una surrogazione vietata e voglia facilitarla, mettendo in contatto le parti o diffondendo annunci. La consapevolezza

¹⁵⁰ Cfr., Senato della Repubblica – Servizio Studi, Dossier sull'A.S. n. 824. *Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli.

dell'illiceità è generalmente in re ipsa, specie dopo la legge 169/2024 che ha enfatizzato la contrarietà all'ordine pubblico internazionale di tali condotte. Gli intermediari potranno eventualmente rispondere anche di ipotesi aggravate o reati ulteriori qualora il loro operato configuri, ad esempio, lucro elevato o sfruttamento (si pensi al caso in cui il mediatore approfitti di donne in difficoltà economica, integrando possibili ulteriori reati come la tratta di persone o il reclutamento per pratiche illegali). Ai fini del concorso ex art. 110 c.p., comunque, la loro responsabilità è pienamente sovrapponibile a quella degli altri: essi forniscono un contributo causale imprescindibile (senza il quale spesso la coppia e la gestante non si incontrerebbero) e agiscono con dolo diretto alla realizzazione dell'accordo vietato.

Infine, un ruolo rilevante è rivestito dai medici e operatori sanitari che attuano le procedure di procreazione medicalmente assistita nell'ambito di un accordo surrogatorio illegale. Il medico specialista in fertilità che esegue l'impianto dell'embrione nell'utero della gestante, o che preleva gli ovociti/embrioni e li trasferisce, realizza in senso stretto la condotta materiale che dà avvio alla gravidanza per altri. Pertanto, egli si pone senza dubbio come soggetto attivo diretto del reato (secondo alcune opinioni, la figura centrale)¹⁵¹. L'elemento soggettivo richiesto consiste nella volontà cosciente di effettuare il trattamento vietato: il sanitario sa di operare al di fuori del quadro legale consentito e, ciononostante, porta avanti la procedura, accettandone lo scopo illecito (far nascere un bambino per darlo ad altri fuori dai canali legittimi). Se il medico fosse tenuto all'oscuro del vero scopo – ipotesi difficile, data la natura palese della pratica – potrebbe mancare il dolo; ma in genere il coinvolgimento del professionista avviene proprio perché egli presta la sua opera tecnica con piena cognizione del progetto surrogatorio. È bene ricordare che, oltre alle pene principali, la legge 40/2004 prevede sanzioni accessorie per i sanitari condannati: ad esempio, la sospensione dall'esercizio professionale da 1 a 3 anni per i reati dell'art. 12 (comma 9) e persino l'interdizione perpetua in casi gravissimi (come per la clonazione al comma 7). Ciò denota il particolare disvalore etico e deontologico attribuito alla condotta del medico coinvolto in queste pratiche. In sede di concorso, comunque, il medico risponde alla stregua degli altri concorrenti, senza alcuna diminuzione di responsabilità. Anzi, talora potrebbe essere individuato come promotore o istigatore se è lui a proporre la soluzione illegale ai pazienti (abusando magari della loro vulnerabilità psicologica dovuta al desiderio di prole). In ogni caso, il personale sanitario implica un apporto determinante e altamente consapevole: il dolo in capo a costoro è normalmente

¹⁵¹ Si veda, P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.356 e ss.

di grado intenso (dolo diretto), consistendo nella volontà di praticare una tecnica medica sapendo che è finalizzata a una surrogazione proibita.

In conclusione, l'elemento soggettivo del delitto di surrogazione di maternità si configura in termini di dolo intenzionale (generico) condiviso da tutti i partecipanti, ciascuno dei quali risponde in concorso personale. La dottrina qualifica la fattispecie come reato a dolo generico, privo di scopi ulteriori, e la giurisprudenza ne ha confermato tale natura, intervenendo soprattutto per chiarire i confini applicativi (specie in ambito internazionale) e ribadendo la punibilità intenzionale di chiunque contribuisca consapevolmente alla pratica vietata.¹⁵² Le diverse posizioni soggettive (gestante, committenti, intermediari, medici) possono presentare peculiarità di fatto e motivazioni differenti, ma dal punto di vista del diritto penale tutti concorrono nel medesimo reato se agiscono con la volontà comune di realizzare una maternità surrogata in violazione di legge. Questo approccio rigoroso riflette la scelta legislativa di tutela assoluta verso i beni giuridici coinvolti, sancendo che nessuna spinta personale – per quanto comprensibile sul piano umano – può legittimare la violazione del divieto, quando vi sia la piena avvertenza e deliberata adesione all'accordo di surrogazione proibito.

§ 2.1.4. Il bene giuridico protetto: la dignità e l'integrità umana

La scelta del legislatore italiano di criminalizzare qualsiasi forma di maternità surrogata – ora punibile anche se realizzata all'estero da cittadini italiani – è motivata dall'esigenza di proteggere la dignità umana (soprattutto della donna gestante) e l'integrità fisica e psichica della stessa, nonché di prevenire la mercificazione del corpo e della vita nascente.¹⁵³ Tali beni giuridici, di matrice costituzionale, orientano l'interpretazione e la legittimità dell'intervento penale in materia di bioetica e diritti della persona, come confermato sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza più autorevole.

La dignità della persona è un valore fondamentale riconosciuto implicitamente dalla Costituzione italiana (artt. 2 e 3 Cost.) e specificamente tutelato in contesti come la libertà personale (art. 13

¹⁵²Cfr., Senato della Repubblica – Servizio Studi, *Dossier sull'A.S. n. 824. Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli.

¹⁵³ *Infra*, P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.359.

Cost.) e il diritto alla salute (art. 32 Cost., che vieta trattamenti contrari al rispetto della persona umana). In ambito penalistico, la dignità umana costituisce spesso il bene giuridico protetto da norme incriminatrici rivolte a salvaguardare la persona da forme di strumentalizzazione o degradazione. Ciò è evidente soprattutto nei reati connessi alla bioetica e alla tutela dei diritti della persona: legge n. 40/2004 stessa invoca ripetutamente la dignità quale valore da proteggere nelle disposizioni penali che vietano pratiche lesive della persona o contrarie al senso di umanità.¹⁵⁴ Si pensi, oltre che alla surrogazione di maternità, al divieto di commercializzazione di gameti ed embrioni (parimenti sanzionato dall'art. 12, co. 6 l.40/2004) e al divieto di clonazione riproduttiva di esseri umani (art. 12, co. 7 l.40/2004), tutti accomunati dall'intento di prevenire la riduzione della vita e del corpo umano a oggetto di commercio o manipolazione.

Invocare la dignità umana come bene giuridico protetto risponde dunque all'esigenza di riconoscere nella persona un valore intrinseco inviolabile. In particolare, la dignità della donna risulta centrale nei reati che mirano a impedire sfruttamento del corpo femminile o violazione della sua libertà nelle scelte procreative.¹⁵⁵ La tutela penale della dignità, tuttavia, deve coniugarsi con il principio di offensività: la sanzione penale è legittima solo laddove la condotta incriminata arrechi un danno o pericolo concreto al bene protetto. Parte della dottrina ha infatti sottolineato che un uso eccessivamente generico del concetto di dignità rischia di trasformarlo in un bene giuridico "onnipresente", dal carattere più evocativo che concreto. Nel caso delle norme bioetiche, il pericolo è che la dignità venga adoperata come "bene-raccoglitrice" di timori morali o ideologici, senza una chiara individuazione di interessi lesi in modo empiricamente dimostrabile. Consapevole di ciò, la giurisprudenza costituzionale ha richiesto un attento bilanciamento: l'intervento penalistico deve proteggere la dignità senza imporsi in assenza di effettive lesioni di beni e senza sacrificare in modo sproporzionato altri diritti parimenti fondamentali. Nel contesto della maternità surrogata, questo equilibrio delicato emerge nel confronto tra la dignità della donna e l'interesse del nato, come meglio si vedrà *infra*.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Cfr., F. Gallo, F. Re, R. D'Andrea, A. Cicatelli, E. Ardito, M. Miceli, L.M.R. Negri, P. Stringa, *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", 2022., p.9 e ss.

¹⁵⁵ Cfr., M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in Riv. med. leg., 2015, pp. 925- 928

¹⁵⁶ *Infra*, F. Mantovani, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, La Legislazione Penale 2005, p. 327

Nell'art. 12, comma 6, della legge 40/2004 – anche dopo la novella del 2024 – il legislatore non distingue tra surrogazione “commerciale” (dietro compenso) e surrogazione “altruistica”, dando così per implicito che entrambe le forme ledano beni fondamentali meritevoli di tutela assoluta.¹⁵⁷ Alla base di tale divieto rigoroso vi è la convinzione che la pratica in questione “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina in profondo le relazioni umane”,¹⁵⁸ comportando il rischio concreto di sfruttamento della vulnerabilità di donne in difficili condizioni socio-economiche. La Corte Costituzionale ha utilizzato parole severe sul punto, ribadendo che accordi di maternità surrogata implicano una inammissibile mercificazione del corpo femminile e una riduzione della gestante a “mezzo” per soddisfare il desiderio altrui di genitorialità.¹⁵⁹ In tal senso, la dignità della madre gestante emerge come primo bene giuridico protetto: l'ordinamento vuole evitare che una donna sia indotta – magari per bisogno economico – a cedere la propria capacità generativa, portando avanti una gravidanza per poi rinunciare al neonato. Una simile rinuncia, ottenuta tramite un contratto, viene considerata contraria ai principi fondamentali di umanità e indisponibilità dello *status* di madre.

La giurisprudenza nazionale ha confermato questa impostazione valoriale. Le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione hanno esplicitato che i “valori tutelati dal divieto di maternità surrogata – dignità della gestante e l'istituto giuridico dell'adozione – sono ritenuti dal legislatore prevalenti sull'interesse del minore” a veder riconosciuti rapporti di filiazione di fatto con i genitori intenzionali.¹⁶⁰ Ciò indica chiaramente che, nell'ottica del legislatore del 2004 (e ribadita nel 2024), la dignità della donna coinvolta in pratiche di surrogazione e la tutela delle procedure legali (adozione) per accogliere un bambino senza legami biologici costituiscono beni di rango superiore, da proteggere anche a costo di sacrificare altre istanze. La scelta di privilegiare l'adozione rispetto alla “procreazione per contratto” sottolinea proprio la volontà di evitare che la nascita di un bambino divenga oggetto di accordi privatistici: l'adozione, infatti, è circondata da garanzie giurisdizionali e valutazioni di idoneità, a tutela sia del minore sia della madre biologica, mentre la surrogazione contrattuale bypassa tali controlli. In tal senso, il divieto penale serve anche a

¹⁵⁷ Cfr., A. Di Lallo, *La maternità surrogata diventa reato universale, disponibile su: <https://dinellalex.com/la-maternita-surrogata-diventa-reato-universale/>*

¹⁵⁸ Cit. Corte Cost., sent. n. 272/2017.

¹⁵⁹ M. Zincani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10

¹⁶⁰ Corte di Cassazione, SS.UU. Civ., sent. n. 12193/2019

salvaguardare l'ordine pubblico familiare e la serietà del percorso adottivo, prevenendo abusi e trattamenti dei bambini come oggetti di scambio.

La legge n. 169/2024 ha ulteriormente enfatizzato la centralità di questi beni giuridici, estendendo la punibilità della surrogazione di maternità anche ai fatti commessi all'estero dal cittadino italiano. Tale estensione extraterritoriale¹⁶¹ – inedita per un reato di questo genere – evidenzia il profondo disvalore che l'ordinamento annette alla pratica, equiparata a condotte che lo Stato intende perseguire ovunque esse avvengano. Benché tecnicamente la qualificazione di reato universale sia impropria (restando applicabili i limiti dell'art. 9 c.p. e quindi la necessità, per le ipotesi meno gravi, di una richiesta del Ministero della Giustizia o di una querela di parte¹⁶²), la direzione di politica criminale è chiara: dignità e integrità umana non conoscono confini nazionali e l'ordinamento italiano ritiene doveroso intervenire persino su fatti realizzati all'estero, se coinvolgono suoi cittadini, pur di disincentivare totalmente la surrogazione. Questa scelta solleva peraltro delicati nodi di legittimità costituzionale e di coordinamento con il principio di offensività: è stato notato che punire atti compiuti in paesi dove la pratica è lecita, senza un coinvolgimento diretto di interessi italiani se non la cittadinanza dei *rei*, può apparire una forzatura del diritto penale.¹⁶³ Ciò nondimeno, dal punto di vista dei beni giuridici, la linea adottata conferma che la dignità della donna e la non commercializzazione della procreazione sono considerati valori assoluti e indisponibili.¹⁶⁴

Accanto alla dignità intesa in senso morale e giuridico, il bene giuridico dell'integrità fisica e psichica della donna gestante costituisce un ulteriore pilastro della tutela penalistica in materia di maternità surrogata. La gravidanza per conto terzi non implica solo una dimensione

¹⁶¹ Cfr., T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, cit., 1407-1413.

¹⁶² Ai sensi dell'art. 9, secondo comma, del codice penale, per i reati puniti con pene detentive inferiori a quelle indicate nel primo comma — ossia che non raggiungono il minimo edittale di tre anni di reclusione — la punibilità dell'autore è subordinata alla presentazione di una richiesta da parte del Ministro della Giustizia, ovvero, a una querela o istanza proveniente dalla persona offesa.; si veda, Pietro Maria Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*.

¹⁶³ Si veda, A. Di Lallo, *La maternità surrogata diventa reato universale*, disponibile su: <https://dinellalex.com/la-maternita-surrogata-diventa-reato-universale/>

¹⁶⁴ Cfr., V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, in «La legislazione penale», 2024, p.20 e ss.

patrimonialistica (il “corpo come merce”)¹⁶⁵, ma comporta anche rischi e impatti concreti sulla salute e sull’equilibrio emotivo della donna che porta avanti la gestazione. La legge italiana, vietando tali pratiche, mira dunque a proteggere anche la salute e l’autodeterminazione della gestante, evitando che possa subire pressioni o danni in nome dell’altrui progetto genitoriale.

Dal punto di vista fisico, una procedura di surrogazione implica spesso trattamenti medici invasivi (dall’impianto di embrioni tramite fecondazione in vitro, all’assunzione di farmaci ormonali, fino al parto stesso) che non sono giustificati dalla tutela della salute della donna, ma sono finalizzati esclusivamente alla nascita di un figlio per altri. Sottoporsi a tali procedure senza un diretto interesse procreativo personale significa gravare la donna di tutti i rischi sanitari della gravidanza (comprese possibili complicanze ostetriche) a beneficio di terzi. Ciò configura una forma particolare di disponibilità del proprio corpo, che il legislatore ha ritenuto di dover arginare in chiave protettiva. In altre parole, la norma penale funge anche da presidio paternalistico a difesa dell’integrità fisica: impedisce che una donna, magari giovane e in difficoltà economica, possa mettere in pericolo la propria salute attraverso gravidanze ripetute per conto altrui, forse sottovalutando le conseguenze a lungo termine sul proprio fisico. La Costituzione stessa, all’art. 32, vietando trattamenti sanitari contrari al rispetto della persona, ispira l’idea che il corpo umano non possa essere strumentalizzato o messo a repentaglio se non per libera scelta realmente consapevole e mai per finalità di lucro altrui.¹⁶⁶

Sul piano psicologico, poi, la tutela dell’integrità psichica della gestante è parimenti rilevante. Portare a termine una gravidanza crea inevitabilmente un legame profondo tra la madre gestazionale e il nascituro: rinunciare al bambino dopo il parto può provocare nella donna un serio trauma emotivo, con sentimenti di perdita, stress post-partum amplificato e senso di colpa. La pratica della surrogazione, specie se commerciale, potrebbe cinicamente sfruttare la capacità di resilienza psicologica della gestante, la quale spesso viene indotta a reprimere il naturale attaccamento al feto durante la gravidanza. Il divieto penale tutela la donna anche da questa potenziale violenza psicologica, impedendo che si creino situazioni in cui ella debba affrontare il conflitto interiore di separarsi dal neonato che ha portato in grembo. In tal senso, il bene giuridico tutelato si estende alla

¹⁶⁵ *Infra*, A. Apostoli, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Brescia, I Quaderni, Giappichelli, Torino, 2021

¹⁶⁶ Cfr., S. Cecchini, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *BioLaw Journal*, Rivista di Biodiritto, 2019.

libertà di autodeterminazione procreativa in senso pieno¹⁶⁷: lo Stato intende evitare che una donna possa essere ridotta alla funzione di “incubatrice” per conto altrui, magari sulla base di un consenso iniziale dato senza piena contezza dell’impatto emotivo che la gestazione avrebbe. Il collegamento con la dignità umana è evidente: l’integrità psico-fisica è presupposto essenziale perché la dignità della persona sia rispettata. Una donna che subisca lesioni alla propria salute o che venga indotta a comprimere i propri sentimenti materni per finalità estranee vive una forma di oggettivazione incompatibile con l’art. 3 Cost., il quale riconosce a tutti pari dignità sociale e richiede di rimuovere gli ostacoli (anche di ordine economico e sociale) che limitano di fatto la libertà e l’eguaglianza. Proprio l’eventuale condizione di bisogno della gestante è il fattore che più preoccupa il legislatore: gli accordi di surrogazione spesso si fondano sul disequilibrio di potere contrattuale tra una coppia (benestante) committente e una donna (talvolta in difficoltà) disposta a “affittare” il proprio utero.¹⁶⁸ La previsione di reato mira allora a eliminare questa possibile forma di sfruttamento del corpo femminile, prima che si verifichi, affermando che né la povertà né la volontà altruistica possono legittimare la messa a repentaglio dell’integrità psicofisica di una madre. In definitiva, dignità e integrità appaiono inscindibili: proteggere la dignità significa anche garantire che la donna non subisca lesioni alla propria salute né forzature ai propri sentimenti più intimi.

Va notato, infine, che la stessa configurazione del reato di cui all’art. 12, co. 6, l. 40/2004 potrebbe coinvolgere la gestante non solo come persona offesa in senso lato, ma anche eventualmente come soggetto agente passivo di sanzione. La formulazione “chiunque... realizza la surrogazione di maternità” è così ampia da poter includere anche la donna che volontariamente si presta alla gravidanza per altri, oltre ai mediatori e ai genitori committenti. In teoria, dunque, la gestante stessa potrebbe essere punita.¹⁶⁹ La *ratio* della norma, tuttavia, induce a ritenere che la donna sia vista innanzitutto come soggetto da tutelare (contro la propria strumentalizzazione), più che da punire. Ciò rispecchia un orientamento generale per cui, quando il legislatore penale persegue finalità di tutela di una categoria vulnerabile (in questo caso le donne in gravidanza), tende a concentrare la risposta punitiva su chi trae vantaggio dalla condotta illecita più che su chi vi si sottopone. Resta il

¹⁶⁷ *Infra*, P. Grimaldi, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e ‘best interest of the child’*, in *Famiglia- il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 3, 2017, p. 326

¹⁶⁸ Si veda, P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.360 e ss..

¹⁶⁹ Cfr., A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2013, cit., p. 1543.

fatto che, in linea di principio, la sanzione colpirebbe chiunque partecipi all'illecito: segno ulteriore che la offesa al bene giuridico “dignità e integrità della persona” è considerata così grave da giustificare la repressione di tutte le condotte coinvolte, senza eccezioni formali, pur di preservare integralmente il valore protetto.

Analizzando il bene giuridico protetto nel reato di maternità surrogata, non si può trascurare la posizione del nato da tale pratica. Sebbene, come visto, il legislatore italiano abbia attribuito preminenza alla dignità della gestante e alla scelta dell'adozione quale via legittima per la genitorialità non biologica, permane centrale anche il profilo dell'interesse del minore che nasce attraverso surrogazione. In chiave penalistica, la tutela del nascituro e del bambino riguarda soprattutto la sua dignità personale intesa come diritto a non essere trattato alla stregua di un oggetto di contratti e a vedere garantita la propria identità legale e sociale.

Da un lato, il divieto di surrogazione mira a scongiurare che un bambino venga al mondo come risultato di un accordo commerciale, dove la sua esistenza è stata “pretesa” e pianificata al di fuori di un rapporto naturale di filiazione. Si è osservato in dottrina che la norma incriminatrice tutela anche “la dignità personale del concepito e del nato”, garantendo (1) “il diritto della persona a non essere oggetto di una ‘pretesa ad esistere’ da parte di soggetti terzi” e (2) “il diritto alla certezza del proprio status e alla propria identità personale”. Un figlio “a tutti i costi”, ottenuto tramite surrogazione, rischia di vedere la propria libertà ontologica compressa dall'aspettativa altrui: la relazione genitoriale così costruita scivola verso la logica del possesso di un “prodotto” invece che dell'accoglienza di un altro essere umano. Ciò contrasta con la concezione personalistica dell'ordinamento italiano, per la quale ogni individuo ha diritto di venire al mondo senza essere frutto di un contratto tra terzi che ne pretenda l'esistenza a determinate condizioni. Pertanto, la dignità del minore – sin dal concepimento – viene lesa dalla surrogazione in quanto questa prefigura uno *status* di figlio come entità “programmata” e selezionata (addirittura, i contratti di surrogazione permettono spesso di scegliere caratteristiche genetiche o somatiche del nascituro, accentuando tale visione di figlio su misura). Il bene giuridico protetto comprende allora anche questo aspetto: la salvaguardia dell'idea che un bambino non può mai essere ridotto a risultato di una pianificazione negoziale – principio che ha eco in norme sovranazionali come l'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (*best interest of the child*) e l'art. 21 della stessa (che regola le adozioni proprio per evitare traffici di minori).

Dall'altro lato, una volta che il bambino è venuto al mondo, l'ordinamento deve tener conto del suo interesse concreto a vedere riconosciuto il proprio *status* familiare. È qui che si innesta un complesso bilanciamento tra l'esigenza di disincentivare la surrogazione (tutelando la dignità della madre e il divieto di strumentalizzazione) e l'esigenza di non pregiudicare i diritti fondamentali del minore già nato. La Corte Costituzionale ha affrontato espressamente questo bilanciamento,¹⁷⁰ riconoscendo che il rapporto di genitorialità instauratosi di fatto tra il minore nato da surrogazione e i cosiddetti genitori d'intenzione integra un valore che rientra nell'interesse del bambino ad avere una famiglia. Tuttavia, la Consulta ha escluso che tale interesse possa automaticamente prevalere su ogni altro: in caso contrario esso diverrebbe un diritto "tiranno" annientando la tutela degli altri valori in gioco. In particolare, la Corte ha affermato che il diritto del minore "di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che... lo uniscono a entrambi i componenti della coppia" deve essere considerato, ma "non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco", tra cui rientrano la dignità della gestante e la necessità di evitare la surrogazione. Spetta allora al legislatore approntare soluzioni equilibrate che garantiscano al bambino uno status certo senza legittimare indirettamente pratiche vietate. La soluzione individuata dal nostro ordinamento è stata, finora, quella di escludere la trascrizione automatica in Italia degli atti di nascita formati all'estero con due genitori intenzionali, consentendo però al genitore d'intenzione non biologico di ricorrere all'adozione (in casi particolari ex art. 44 l. 184/1983) per stabilire un legame giuridico con il minore. Questa adozione "mite" viene vista come una clausola di chiusura che permette di sanare la posizione del bambino, pur senza avallare la surrogazione a monte.¹⁷¹

Nella prospettiva del bene giuridico protetto dalla norma penale, quindi, la tutela dell'identità del minore si manifesta indirettamente: lo Stato, vietando la surrogazione, afferma che il bambino ha diritto a non nascere in un contesto giuridico ambiguo, ove potrebbe trovarsi privo di uno *status* chiaro (ad esempio, con madre biologica non riconosciuta come tale e madre intenzionale non riconoscibile per divieto di legge). Paradossalmente, il divieto che mira a proteggere la dignità può creare una situazione di incertezza per il nato – che rischia di non vedersi subito riconosciuto un genitore legale oltre a quello biologico – ma su questo punto interviene il diritto civile con i meccanismi adottivi. In ogni caso, il superiore interesse del minore funge da limite alla rigorosa

¹⁷⁰ Corte Costituzionale, n. 33/2021.

¹⁷¹ Si veda, P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.362 e ss.

applicazione del principio di ordine pubblico: la stessa Corte Costituzionale ha avvertito che la normativa dovrà evolvere per offrire al bambino maggiori garanzie, affinché la sua figura non venga “strumentalizzata” in nome dell’obiettivo, pur legittimo, di contrastare la surrogazione.¹⁷² Ciò ribadisce che, in ultima analisi, anche il minore è titolare di dignità e diritti inviolabili (art. 2 Cost.) che l’ordinamento è chiamato a salvaguardare: una tutela che, nell’intenzione del legislatore, viene assicurata tramite percorsi legali alternativi (adozione), evitando al contempo di riconoscere efficacia ad atti che si ritengono viziati in radice da contrarietà a principi fondamentali.

La disciplina italiana sul divieto di maternità surrogata e la correlata tutela di dignità e integrità umana trovano riscontro – e talora tensione – anche nel diritto sovranazionale, sia sul versante del Consiglio d’Europa (Corte EDU), sia su quello dell’Unione Europea (Corte di Giustizia e atti politici dell’UE). In linea generale, a livello internazionale non esiste un consenso univoco sulla legittimità della surrogazione: alcuni ordinamenti la consentono con regolamentazione, mentre altri – come l’Italia – la vietano in radice. Questo pluralismo si riflette nelle pronunce delle Corti europee, le quali hanno cercato di bilanciare il rispetto delle scelte nazionali in materia etico-sociale con la tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte (*in primis*, i minori).

Sul piano del Consiglio d’Europa, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha affrontato più volte questioni legate alla surrogazione, soprattutto in riferimento al diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU* dei bambini nati tramite tale pratica. La Corte EDU ha riconosciuto che lo *status* legale dei minori costituisce parte integrante della loro identità personale (e rientra nella vita privata garantita dall’art. 8). In casi come *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* (2014), la Corte di Strasburgo ha ritenuto violato l’art. 8 CEDU perché le autorità francesi avevano rifiutato in toto di riconoscere il legame di filiazione tra i minori nati da surrogazione all’estero e i genitori intenzionali, nonostante sussistesse il legame biologico col padre. Si è affermato, in sostanza, che negare qualsiasi riconoscimento giuridico del rapporto di parentela incide indebitamente sulla sfera del bambino, il quale ha diritto a vedere definiti gli elementi essenziali della propria identità, comprese le relazioni familiari. Tale esigenza, secondo la Corte EDU, diventa ancor più pressante quando uno dei genitori intenzionali è anche genitore biologico del minore, poiché in tal caso vi è già un legame naturale che l’ordinamento non dovrebbe ignorare.¹⁷³

¹⁷² M. Zinani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10

¹⁷³ *Infra*, T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore pp. 1424-1425

Allo stesso tempo, la Corte EDU ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento agli Stati sulla scelta di autorizzare o vietare la pratica della surrogazione, trattandosi di materia eticamente sensibile e non ancora oggetto di consenso europeo. Non esiste infatti un diritto alla genitorialità tramite surrogazione garantito dalla Convenzione, né una violazione automatica nel criminalizzare tali condotte. La Corte di Strasburgo si è mostrata attenta piuttosto alle conseguenze del divieto per i bambini: in una decisione del 22 giugno 2023, relativa a ricorsi contro l'Italia, la Corte EDU ha giudicato non contraria alla Convenzione la mancata trascrizione automatica in Italia degli atti di nascita esteri di minori da surrogazione, ritenendo sufficienti le misure compensative offerte (come l'adozione) per tutelare il loro status familiare.¹⁷⁴ La Corte EDU ha avallato il sistema italiano a condizione che al minore sia comunque assicurata la possibilità di riconoscimento giuridico del legame con i genitori d'intenzione, sia pure per via indiretta. Ciò è perfettamente in linea con il Parere consultivo reso dalla stessa Corte EDU il 15 aprile 2019¹⁷⁵, ove si dichiarava che l'art. 8 impone agli Stati di prevedere una via legale per riconoscere la relazione tra il nato da surrogazione e il genitore d'intenzione, ma senza esigere uno strumento specifico: non è obbligatorio trascrivere l'atto di nascita straniero, purché vi sia un'altra soluzione effettiva, come l'adozione. In sintesi, per la giurisprudenza europea dei diritti umani la dignità della donna gestante come bene protetto legittima gli Stati nel proibire e sanzionare la maternità surrogata (nessuna sentenza CEDU ha mai censurato l'Italia per averla criminalizzata); al contempo, il diritto all'identità del minore richiede misure che mitighino gli effetti del divieto sul piano dello stato civile. La Corte EDU non si pronuncia espressamente sulla dignità del nascituro o sulla moralità della pratica in sé, lasciando queste valutazioni all'ordinamento interno; il suo focus è garantire che, una volta nato, il bambino non resti vittima invisibile del conflitto tra legge nazionale e realtà fattuale. L'Italia, dal canto suo, è stata più volte richiamata ma mai condannata sul punto dopo aver introdotto l'adozione in casi particolari come soluzione: questo conferma che la normativa interna, pur ispirata a principi di ordine pubblico (dignità, non mercificazione), può coesistere con il rispetto dei diritti umani del minore, se applicata con i dovuti correttivi.

Dal punto di vista dell'Unione Europea, occorre distinguere tra l'aspetto giurisdizionale (Corte di Giustizia UE) e quello politico-legislativo. La Corte di Giustizia dell'UE ha avuto occasione di pronunciarsi indirettamente sulla maternità surrogata in relazione a normative anti-discriminatorie e

¹⁷⁴ CEDU, *Bonzano ed altri c. Italia*, ric. n. 10810/20; *Nuti e Dallabora c. Italia*, ric. n. 47998/20; *Nuti e altri c. Italia*, ric. n. 23142/21, decisione del 22 giugno 2023.

¹⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Parere consultivo in materia di maternità surrogata (in applicazione del Protocollo n. 16 CEDU)*, 10 aprile 2019

di diritto del lavoro, più che sui profili penali o di *status* familiare. In due sentenze gemelle del 18 marzo 2014¹⁷⁶, il giudice di Lussemburgo ha stabilito che non contrasta con il diritto UE il fatto di negare un congedo di maternità retribuito alla cosiddetta madre committente che abbia avuto un figlio tramite surrogazione. La Corte UE ha ritenuto che la direttiva 92/85/CEE (a tutela delle lavoratrici gestanti) si applichi solo alle donne che abbiano effettivamente partorito, essendo volta a proteggere la salute fisica della madre naturale, e che negare il congedo alla madre d'intenzione non costituisce discriminazione basata sul sesso (poiché nemmeno un padre committente avrebbe diritto al congedo in analoga situazione). Questo orientamento, seppur limitato, riflette l'assenza a livello UE di un riconoscimento del ruolo della madre surrogata o della madre intenzionale al di fuori delle categorie tradizionali: l'ordinamento dell'Unione, allo stato, lascia agli Stati membri la regolazione di queste vicende familiari, intervenendo solo per evitare disparità di trattamento evidenti. Sul fronte del riconoscimento degli *status* familiari, la Corte di Giustizia ha avuto recenti casi in materia di atti di nascita con due genitori dello stesso sesso (talvolta legati a surrogazione): ad esempio, nella causa *V.M.A. vs Bulgaria* ha imposto a uno Stato membro di rilasciare documenti di identità a un minore figlio di coppia omogenitoriale, pur senza entrare nel merito della validità della filiazione, in nome dei diritti di cittadinanza europea.¹⁷⁷ Queste pronunce indicano che, se da un lato l'UE non obbliga a riconoscere la genitorialità derivante da surrogazione, dall'altro tutela la circolazione delle persone e lo status dei minori come cittadini, impedendo agli Stati di creare situazioni di apolidia o di negare documenti ai bambini. In prospettiva, la Commissione Europea ha avviato discussioni sulla reciproca validità dei rapporti di filiazione all'interno dell'UE – anche tramite l'idea di un certificato europeo di genitorialità – ma tali proposte incontrano resistenze legate proprio al tema della surrogazione (poiché implicherebbero di fatto il riconoscimento di situazioni derivanti da pratiche vietate in alcuni paesi). Attualmente, quindi, prevale un approccio prudente: ogni Stato può mantenere i propri divieti, purché non neghi i diritti essenziali dei minori coinvolti.

In ambito euro-unitario va ricordato anche l'orientamento espresso dal Parlamento Europeo. In una Risoluzione del 17 dicembre 2015, relativa ai diritti umani, il Parlamento ha assunto una posizione molto netta condannando la pratica della gestazione per altri in quanto “compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una

¹⁷⁶ Corte di Giustizia UE - *C.D. v. S.T. ; Z. v. Board of management of a community school* (C-167/12 e C-363/12)

¹⁷⁷ Corte giustizia Unione Europea, Grande Sezione, 14/12/2012 n° C-490/20

merce”. Nello stesso testo, l’Europarlamento ha definito la surrogazione – specie quando prevede lo sfruttamento riproduttivo a fini economici – una pratica da proibire e da considerare urgentemente nei fori internazionali sui diritti umani. Pur non avendo valore vincolante, questa presa di posizione politica evidenzia come, anche a livello sovranazionale, sia riconosciuta la lesione della dignità femminile insita nella surrogazione.¹⁷⁸ Essa rispecchia una sensibilità condivisa in larga parte d’Europa, dove la maggioranza degli Stati vieta o non permette la maternità surrogata commerciale (e alcuni nemmeno quella altruistica). Tali principi trovano eco pure in documenti del Consiglio d’Europa: ad esempio, nel 2016 l’Assemblea Parlamentare del Consiglio discusse (senza poi approvare) una relazione che proponeva linee guida sul fenomeno, segno delle difficoltà nel trovare una sintesi tra posizioni nazionali divergenti.¹⁷⁹

In conclusione, l’analisi svolta evidenzia che il bene giuridico protetto dalla norma penale sul divieto di maternità surrogata è duplice e fortemente radicato nei valori fondamentali dell’ordinamento: da un lato la dignità e integrità della donna coinvolta, tutelata contro ogni forma di sfruttamento, mercificazione e lesione della sua salute psico-fisica; dall’altro la dignità del nascituro e l’ordine delle relazioni familiari, preservati dal rischio di strumentalizzazione contrattuale della procreazione. Questi beni – riconducibili ai principi degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. – giustificano un intervento penalistico severo, confermato e irrigidito dalla riforma del 2024, e resistono al vaglio di legittimità anche alla luce del diritto europeo e internazionale, purché bilanciati con il necessario rispetto dei diritti dei minori. La dignità umana, in particolare, si erge a criterio ispiratore della disciplina: essa impone che né la donna né il bambino siano ridotti a strumenti di un accordo, ribadendo la indisponibilità dei valori della persona. Come affermato efficacemente dalla Corte Costituzionale, la dignità della persona costituisce il denominatore comune di tutti i diritti inviolabili, e non può essere sacrificata in nome di alcuna “pretesa” individuale o sociale. Nel reato in esame, tale dignità funge da perno attorno al quale ruota la tutela penale, rappresentando il bene supremo che la norma intende proteggere – un bene che l’ordinamento qualifica come essenziale per la civiltà giuridica e la *humanitas* del sistema penale

¹⁷⁸ Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell’Unione europea in materia”, approvata il 17 dicembre 2015 a Strasburgo, il Parlamento Europeo assume una posizione fortemente critica nei confronti delle pratiche di gestazione per altri.

¹⁷⁹ Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, *Children’s rights related to surrogacy*, Relazione n. 14142 del 10 marzo 2016, relatore Petra De Sutter, Doc. 14142

italiano.¹⁸⁰ Le scelte del legislatore, corroborate dalla giurisprudenza interna¹⁸¹ e avallate nei loro principi di fondo dalla giurisprudenza europea, confermano dunque la centralità della dignità e integrità umana quali beni giuridici protetti e imprescindibili nella materia della procreazione assistita e della genitorialità. In un settore così delicato, il diritto penale assume anche una valenza simbolica di affermazione di valori: esso dichiara in modo solenne che la creazione della vita umana e il corpo della donna non possono essere terreno di contratto o di commercio, ma restano ambiti sottratti alle logiche di mercato e garantiti nei loro aspetti più intimi e personali. Questa affermazione di principio, lungi dall'essere meramente ideologica, mira in definitiva a salvaguardare la dignità dell'uomo – inteso sia come donna-madre sia come bambino nato – quale fondamento stesso dell'ordinamento, realizzando quella tutela piena della persona umana che la Costituzione e le convenzioni internazionali esigono come parametro irrinunciabile di ogni azione legislativa e giudiziaria.

§ 2.1.5. Reato di danno o di pericolo?

Come già ampiamente evidenziato (v. *supra*, parr. 6.1.1 e 6.1.2), l'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (come modificato dalla L. n. 169/2024) punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi una maternità surrogata con la reclusione fino a due anni e la multa da €600.000 a €1.000.000.

Occorre ora stabilire se tale fattispecie configuri un reato di danno oppure un reato di pericolo. In via generale, un reato di danno postula la lesione effettiva del bene giuridico protetto, mentre un reato di pericolo anticipa la tutela sanzionando condotte che mettano a repentaglio il bene senza necessità di un danno concreto. Nel caso in esame, il bene giuridico tutelato – come emerso nelle sezioni precedenti – è di carattere personale e sociale: la dignità della donna e l'integrità della relazione materna, nonché l'ordine pubblico in materia di filiazione e procreazione assistita.¹⁸² La maternità surrogata è ritenuta dal legislatore italiano intrinsecamente lesiva di tali valori, tanto da vietarla anche se attuata in forma altruistica. La Corte costituzionale ha infatti definito tale

¹⁸⁰ M. Zincani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10

¹⁸¹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162

¹⁸² M. Zincani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10

pratica un'«offesa in modo intollerabile» alla dignità femminile, e comporta il grave rischio di sfruttamento delle donne più vulnerabili. Ciò rivela che, nell'ottica dell'ordinamento, la sola realizzazione di un accordo di surrogazione rappresenta già una violazione (o quantomeno una minaccia elevatissima) del bene giuridico protetto, a prescindere da ulteriori conseguenze dannose.

Sotto il profilo strutturale, ci troviamo di fronte a un reato di mera condotta, privo di un evento di danno materiale: la punibilità scatta fin dai comportamenti preparatori o promozionali della surrogazione, senza bisogno di un pregiudizio aggiuntivo. Emblematicamente, è sanzionata persino la semplice pubblicizzazione della pratica, il che conferma che la fattispecie è costruita come reato di pericolo astratto (presunto), basato sul solo potenziale lesivo insito nella condotta. In altri termini, il legislatore incrimina *ex ante* l'azione vietata assumendo che essa, di per sé, comprometta il bene protetto. L'offesa si identifica dunque nella condotta stessa – che frantuma l'unità del rapporto materno – indipendentemente da eventi ulteriori. Questo approccio è più rigoroso rispetto a quello di altri ordinamenti: basti pensare che il Parlamento europeo, nella risoluzione del 13 dicembre 2016, ha stigmatizzato soltanto la GPA a fini commerciali, mostrando maggiore tolleranza verso forme altruistiche.¹⁸³

Alla luce di ciò, il delitto previsto dall'art. 12, comma 6, L. 40/2004 (come novellato nel 2024) sarebbe qualificato come reato di pericolo – segnatamente, di pericolo astratto – e non come reato di danno. La tutela penale interviene qui prima che si realizzi un evento lesivo concreto, mirando a scongiurare sul nascere qualsiasi minaccia al bene giuridico della dignità nella maternità e dell'etica familiare. La recente estensione della punibilità alle condotte commesse all'estero (L. 169/2024, v. *supra*) conferma l'intento di assicurare una tutela quanto più ampia e anticipata: il semplice ricorso alla surrogazione da parte di cittadini italiani fuori dai confini nazionali è ora sufficiente a far scattare la pretesa punitiva. In passato, invece, la Cassazione aveva escluso la rilevanza penale di condotte di GPA integralmente realizzate all'estero in Paesi ove essa è lecita, stante il requisito della doppia incriminazione allora vigente.¹⁸⁴ Eliminando tale possibilità di impunità, il legislatore ha di fatto reso la surrogazione perseguibile ovunque, ribadendo la natura fortemente anticipatoria della fattispecie, volta a salvaguardare beni giuridici considerati indisponibili e di primario rango nel nostro ordinamento.

¹⁸³ Parlamento europeo, Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009(INI))

¹⁸⁴ Si veda ad esempio, Cassazione penale, sez. V, sentenza 05/04/2016 n. 13525

§ 2.1.6. *Locus commissi delicti*: analisi del luogo di commissione del reato nella disciplina previgente.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 169 del 2024, che ha esteso la punibilità extraterritoriale della surrogazione di maternità, il problema interpretativo centrale era rappresentato dal *locus commissi delicti*. Infatti, l'art. 12, co. 6, l. 40/2004, nella sua formulazione originaria, sanzionava con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con una multa da 600.000 a 1.000.000 di euro «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità». Questa norma esprimeva il netto divieto penale di praticare o promuovere l'«utero in affitto» sul territorio italiano, quale scelta legislativa a tutela di principi ritenuti di ordine pubblico e di valore etico.

Tuttavia, sin dall'entrata in vigore della legge, si è posto il problema delle condotte poste in essere al di fuori del territorio nazionale. Numerose coppie italiane, impossibilitate ad avere figli e impossibilitate dalla legge interna a ricorrere a tale tecnica, hanno iniziato a rivolgersi a paesi esteri dove la surrogazione è consentita (il c.d. «turismo procreativo»). Si è dunque discusso se tali coppie, aggirando il divieto penale italiano realizzando la maternità surrogata in uno Stato estero che la permette, potessero comunque essere perseguite una volta rientrate in Italia. In altre parole, il *locus commissi delicti* – ossia il luogo di commissione del reato – limitato al territorio nazionale lasciava aperta una via di fuga, in chiave elusiva, di tale divieto dell'estero, ponendo un evidente problema di effettività del precetto.

Nel regime previgente alla riforma del 2024, l'interpretazione dominante in dottrina e giurisprudenza era che nessuna sanzione penale potesse colpire le condotte di surrogazione realizzate integralmente all'estero, in un paese dove esse non costituivano reato. Il delitto previsto dall'art. 12, co. 6 poteva consumarsi solo se la condotta vietata avveniva (in tutto o in parte rilevante) in territorio italiano. Altre fattispecie astrattamente ipotizzabili – come il delitto di alterazione di stato (art. 567, co. 2 c.p.) o di false attestazioni a un pubblico ufficiale (art. 495 c.p.) in occasione della registrazione anagrafica del nato – si sono rivelate inapplicabili nei casi di surrogazione all'estero. In particolare, la Cassazione ha escluso la configurabilità del reato di cui all'art. 12, co. 6 quando la maternità surrogata si è svolta interamente in uno Stato estero dove tale

pratica è lecita, ritenendo in tali casi insussistente la violazione penale.¹⁸⁵ Già nel 2016 la Corte aveva assolto una coppia imputata ex art. 12, co. 6 per un caso di surrogazione compiuta all'estero, riconoscendo ai genitori un errore inevitabile sul diritto dovuto all'incertezza applicativa in materia di doppia incriminazione e di limiti della giurisdizione italiana.¹⁸⁶

Alla base di queste conclusioni vi era il principio cardine della territorialità del reato, sancito dall'art. 6 c.p.: la legge penale italiana si applica ai fatti commessi nel territorio dello Stato, intendendosi per tali quelli in cui l'azione od omissione (che costituisce il reato) ovvero l'evento si verificano, anche solo in parte, in Italia. Di conseguenza, per radicare la giurisdizione italiana occorre che almeno una parte significativa della condotta si svolgesse entro i confini nazionali. La giurisprudenza più recente ha chiarito che un generico proposito o atti preliminari compiuti in Italia – come prendere informazioni o contatti preliminari – non integrano di per sé il requisito territoriale richiesto dall'art. 6 c.p. se l'effettiva realizzazione della pratica avviene poi interamente all'estero.¹⁸⁷ In particolare, il giudice delle leggi ha statuito che il reato di surrogazione di maternità (art. 12, co. 6, L. 40/2004), quando sia commesso all'estero, si consuma nel luogo in cui viene sottoscritto il contratto di surrogazione e condotta a termine la gestazione con la nascita del figlio. Viceversa, non hanno rilevanza penale, ai fini dell'applicazione della legge italiana, le condotte iniziali volte ad acquisire informazioni o a pianificare la procedura, ancorché poste in essere in territorio italiano. Tali atti preparatori – ad esempio una telefonata con una clinica straniera, l'organizzazione del viaggio, etc. – restavano fuori dall'area del penalmente rilevante, in ossequio al principio di offensività.¹⁸⁸ In altri termini, ricomprendere i meri atti preparatori nel divieto avrebbe significato punire condotte di fatto troppo lontane dalla lesione che la norma intendeva prevenire, equiparando in modo paradossale chi si limita a fissare un appuntamento informativo a chi ha effettivamente portato a termine una gravidanza surrogata. Coerentemente, la cornice edittale unica prevista per chi “organizza” e per chi “realizza” la surrogazione è stata interpretata nel senso che

¹⁸⁵ Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p. 2.

¹⁸⁶ Si veda, Cass., sez. V pen., 10 marzo 2016, n. 13525.

¹⁸⁷ Corte di Cassazione, sez. III pen., n. 5198 del 2020

¹⁸⁸ *Infra*, T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, p. 1404.

organizzazione ed esecuzione debbano avere una omogeneità di offensività, e non porsi come preparazione *vs.* consumazione del reato.

In definitiva, prima del 2024, la determinazione del *locus commissi delicti* nei casi di surrogazione di maternità seguiva rigorosamente il criterio territoriale ordinario. Se nessuna parte sostanziale della condotta criminosa aveva luogo in Italia, il reato non poteva considerarsi commesso “nel territorio dello Stato” e dunque la legge italiana non era applicabile.¹⁸⁹ L’unica via per perseguire un cittadino per un fatto commesso all’estero sarebbe stata quella delle norme generali sull’efficacia extraterritoriale (art. 9 c.p.); ma tali condizioni non risultavano soddisfatte nel caso in esame. Infatti, l’art. 9 c.p. subordina la punibilità dei delitti comuni commessi dal cittadino all’estero a requisiti come la doppia incriminazione (cioè che il fatto sia reato anche nel paese in cui è avvenuto) e l’eventuale richiesta del Ministro della Giustizia. Nel contesto della maternità surrogata all’estero, questi presupposti difettavano: la pratica è lecita in molti Stati esteri (mancando quindi la doppia incriminazione) e, comunque, difettavano le condizioni di procedibilità (nessuna richiesta ministeriale intervenuta).¹⁹⁰ Di conseguenza, la “fuga” verso territori esteri configurava di fatto una zona franca rispetto al divieto penale italiano. Le coppie italiane che si rivolgevano a paesi stranieri per ottenere un figlio tramite surrogazione non commettevano, allo stato della legislazione previgente, alcun reato punibile dall’ordinamento italiano. Questa situazione, ritenuta insoddisfacente da una parte della dottrina e della politica criminale, ha alimentato il dibattito e preparato il terreno alla recente riforma legislativa.

Come già detto, di fronte al crescente ricorso alla surrogazione all’estero e alla conseguente elusione del divieto interno, il legislatore italiano è intervenuto per ampliare i confini spaziali di applicazione del reato. Con la legge 4 novembre 2024, n. 169, è stata modificata la disposizione dell’art. 12, comma 6 della legge 40/2004. In particolare, la novella ha aggiunto un ultimo periodo al comma 6, stabilendo che «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

¹⁸⁹Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p. 2

¹⁹⁰ Si veda a tal proposito, M. D’Amico, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all’esame del Parlamento*, in «Osservatorio Costituzionale», fasc. 4/2023, 1° agosto 2023

italiana».¹⁹¹ Di conseguenza, a partire dall'entrata in vigore della legge (3 dicembre 2024), il ricorso alla maternità surrogata costituisce reato anche quando l'intera condotta si svolga fuori dai confini nazionali, purché sia posta in essere da un cittadino italiano. La surrogazione di maternità è così divenuta a tutti gli effetti un "reato universale" secondo la qualificazione adottata da parte della dottrina, ossia un illecito perseguibile dall'ordinamento italiano a prescindere dal luogo in cui viene commesso. In tal modo viene colmata quella lacuna che in precedenza consentiva il cd. turismo procreativo, con evidenti finalità di deterrenza: il legislatore ha inteso evitare che il divieto penale interno potesse essere aggirato semplicemente spostandosi oltrefrontiera. L'obiettivo dichiarato è di "arrestare" il fenomeno delle coppie che vanno all'estero in cerca di madri surrogate, riaffermando il valore assoluto che l'ordinamento italiano attribuisce al divieto di commercializzazione della maternità. Si tratta, all'evidenza, di una scelta politico-criminale di tipo paternalistico-moralistico, che innalza la tutela di determinati beni etico-sociali (la dignità della gravidanza, la non mercificazione del corpo femminile e dello *status filiationis*) oltre i limiti tradizionali della sovranità territoriale dello Stato. Dal punto di vista tecnico-giuridico, la novella del 2024 introduce una deroga al principio di territorialità equiparando, ai fini dell'applicazione della legge penale italiana, il comportamento commesso all'estero dal cittadino alla condotta realizzata entro i confini nazionali. In altri termini, la cittadinanza italiana dell'agente diviene il criterio di collegamento sufficiente per affermare la giurisdizione penale dello Stato, anche in assenza di qualsiasi elemento materiale della fattispecie sul territorio.¹⁹² Viene così ad applicarsi il principio di personalità attiva, in forma incondizionata, specificamente per il reato in esame. Diversamente dall'art. 9 c.p. – che come visto richiede condizioni restrittive – qui la punibilità non è subordinata né al fatto che la surrogazione sia reato nel paese estero, né ad autorizzazioni o richieste di procedibilità: la legge prevede espressamente l'applicazione *ex se* della norma penale italiana al cittadino che commetta il fatto all'estero. Si tratta di una scelta non isolata nel panorama legislativo nazionale: già altri interventi legislativi speciali avevano previsto l'estensione della legge penale italiana per determinati reati ritenuti particolarmente gravi o meritevoli di repressione universale. Ad esempio, la legge n. 7/2006 ha introdotto una norma *ad hoc* per punire le pratiche di mutilazione genitale femminile anche se compiute all'estero da cittadino o da straniero residente; analoghe previsioni

¹⁹¹ Legge 4 novembre 2024, n. 169, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano.* (24G00187), (GU n.270 del 18-11-2024)

¹⁹² Si veda, P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, p.367

esistono per i reati di pedo-pornografia e turismo sessuale a danno di minori (L. 269/1998). Con la legge n. 169/2024, il legislatore ha voluto inserire la maternità surrogata in questo elenco di reati a repressione extraterritoriale, ancorché si tratti di un delitto certamente meno grave rispetto ad altre fattispecie cui si applica il principio di universalità. Proprio la relativamente minore gravità della condotta (quanto meno sul piano della lesività diretta) e la sua natura fortemente divisiva sul piano etico hanno alimentato un acceso dibattito sulla proporzionalità e opportunità di tale estensione punitiva. Da un lato, vi è chi plaude alla chiusura di una scappatoia che minava la coerenza del divieto, sottolineando come la criminalizzazione universale ribadisca con forza la tutela di principi fondamentali; dall'altro, non sono mancate critiche sul rischio di utilizzare il diritto penale in chiave puramente simbolica o ideologica, con scarsa efficacia pratica e potenziali conflitti con altri valori in gioco (come il superiore interesse del minore nato tramite surrogazione – tema che resta delicato e in parte irrisolto dalla nuova normativa). Su questi ultimi aspetti incideranno comunque le applicazioni giurisprudenziali future e le eventuali pronunce di legittimità costituzionale, temi che esulano da questa trattazione.

La vicenda della surrogazione di maternità mette in luce, in maniera emblematica, come la determinazione del *locus commissi delicti* influisca sulla punibilità delle condotte transnazionali. Prima della riforma, l'accento era posto sul luogo di realizzazione materiale degli atti vietati: di fronte a condotte “spezzate” tra Italia ed estero, la giurisprudenza chiedeva un collegamento effettivo e concreto con il territorio italiano perché il reato potesse dirsi consumato internamente. In assenza di ciò, l'ordinamento interno si considerava privo di giurisdizione, dovendo cedere il passo al principio di territorialità e alla sovranità degli Stati dove il fatto era avvenuto. La territorialità costituiva dunque il limite spaziale fondamentale: il luogo di commissione del reato coincideva con il luogo di consumazione della pratica surrogatoria, ossia con il paese estero ove avveniva la gestazione per altri e la nascita del bambino. L'Italia, in mancanza di ulteriori disposizioni, non poteva estendere il proprio precetto penale oltre questo limite senza violare i principi generali (se non nei casi eccezionali già previsti dal codice penale, qui inapplicabili). Di conseguenza, il *locus commissi delicti* rilevava come criterio esclusivo: la condotta era punibile solo se, in tutto o in parte, riferibile al territorio italiano.

Dopo la riforma del 2024, questo scenario muta radicalmente. Come si vedrà nel capitolo successivo, il nuovo testo dell'art. 12, co. 6 attribuisce rilievo determinante non più al luogo fisico della commissione, bensì ad un diverso elemento di collegamento: la nazionalità dell'agente. Se l'autore del fatto è cittadino italiano, la legge penale nazionale si applica ugualmente, anche se il

locus commissi delicti in senso materiale è all'estero, configurando una sorta di "ubiquità legale" del reato di maternità surrogata: indipendentemente da dove vengano poste in essere le condotte (in Italia, in parte all'estero o del tutto all'estero), ai fini giuridici il fatto rientra comunque sotto la giurisdizione italiana in virtù dello *status* di cittadino del *reo*.¹⁹³ Si supera così la necessità di accertare un nesso territoriale concreto con l'Italia, ponendo il committente italiano sempre sotto la minaccia della sanzione penale nazionale. Il luogo di commissione resta ovviamente rilevante in fatto (la condotta materiale avverrà pur sempre dove è situata la clinica o la madre surrogata), ma non incide più sulla possibilità di punire: ciò che conta, ai fini dell'applicabilità della legge italiana, è unicamente il legame personale dato dalla cittadinanza. Da un punto di vista processuale, peraltro, la commissione del reato all'estero comporterà l'applicazione delle norme sulla competenza territoriale per i reati commessi fuori dal territorio dello Stato (in mancanza di un luogo del fatto in Italia, di regola la competenza è del tribunale del luogo di residenza o domicilio dell'imputato, oppure di Roma in via residuale). Ma al di là degli aspetti procedurali, il principio sostanziale affermato dalla novella è chiaro: il *locus commissi delicti* della surrogazione di maternità diventa irrilevante ai fini della legge penale italiana, qualora l'autore sia un italiano.

In sintesi, attraverso la legge n. 169/2024 il legislatore ha inteso neutralizzare il rilievo ostativo del luogo di commissione del reato, che in precedenza impediva di sanzionare le condotte di maternità surrogata compiute oltreconfine. Si è passati da un sistema in cui il territorio dominava la scena (salvo eccezioni limitate), ad un sistema in cui la cittadinanza funge da "porto franco" della legalità penale: l'italiano che compia all'estero ciò che in Italia è reato non può più invocare il diverso locus per sottrarsi alla punibilità. Questa evoluzione normativa – pur non priva di criticità e interrogativi applicativi – rappresenta un significativo ampliamento della sfera di operatività della legge penale italiana. Il *locus commissi delicti* cessa di essere un elemento discriminante nel caso della surrogazione di maternità, confermando la volontà dello Stato di affermare *ultra limes* i propri valori fondamentali in materia di filiazione e genitorialità.¹⁹⁴ Tale scelta di politica criminale, ora cristallizzata in norma positiva, pone le basi per future sfide interpretative che costituiranno oggetto di approfondimento in ulteriori paragrafi. In questa sede, può conclusivamente rilevarsi come la determinazione del luogo di commissione del reato, da ostacolo alla repressione, sia stata

¹⁹³ Cfr., G. L. Gatta., *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, fasc. 5, 2023, pp.6 e ss.

¹⁹⁴ *Infra*, V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, in «La legislazione penale», 2024, pp. 5 e ss.

trasformata in un criterio flessibile, subordinato alle esigenze di punibilità: il *locus* del delitto di maternità surrogata segue ormai la persona del reo, ovunque egli decida di violare la legge, sotto lo sguardo vigile – e ora più ampio – della giurisdizione penale italiana.

§ 2.2. Ulteriori reati

L'incriminazione della maternità surrogata nell'ordinamento italiano, come delineata all'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004 e recentemente riformata dalla legge n. 169/2024, non esaurisce il panorama delle possibili fattispecie penalmente rilevanti connesse alla concreta realizzazione di tali pratiche. La complessità dei percorsi giuridici e amministrativi attraverso cui la genitorialità surrogata viene formalmente riconosciuta, specialmente quando avvenuta all'estero, comporta frequentemente l'emersione di condotte che si pongono in contrasto con ulteriori disposizioni del codice penale.

In particolare, l'analisi che ivi ci occupa non può prescindere dall'esame di due ipotesi delittuose che, pur distinte dalla figura centrale della surrogazione, ne rappresentano spesso un possibile sviluppo, specialmente nella fase successiva alla nascita del minore. Si tratta, da un lato, del delitto di alterazione di stato, disciplinato dall'art. 567, comma 2, c.p., che sanziona chi forma o fa formare atti pubblici attestanti falsamente lo stato civile di un neonato, e, dall'altro lato, del reato di false dichiarazioni a pubblico ufficiale *ex art.* 495, comma 2, n. 1, c.p., il quale punisce chi rende dichiarazioni false su qualità personali, quali appunto la paternità o maternità di un soggetto.

Queste figure criminose assumono particolare rilievo nel contesto della registrazione anagrafica del minore nato da GPA all'estero, momento in cui i genitori intenzionali – nell'atto di dichiarazione della nascita o nell'iscrizione presso l'ufficio dello stato civile – potrebbero incorrere in condotte penalmente rilevanti, specie se tendenti a rappresentare un legame biologico o gestazionale inesistente con il nato. Tali condotte, come si vedrà nei paragrafi che seguono (parr. 2.2.1 e 2.2.2), si situano su un piano autonomo rispetto alla punibilità per surrogazione e vanno valutate secondo criteri dogmatici e giurisprudenziali propri, con un'attenzione particolare al principio di offensività, all'elemento soggettivo e alla consistenza della lesione giuridica prodotta.

In questa prospettiva, l'analisi dei delitti di alterazione di stato e di false dichiarazioni a pubblico ufficiale non solo contribuisce a delimitare con precisione il perimetro della rilevanza penale delle

condotte post-surrogazione, ma permette anche di cogliere i punti di frizione tra diritto penale, diritto di famiglia e tutela del superiore interesse del minore, soprattutto nei casi in cui quest'ultimo sia già entrato a far parte del nucleo familiare di fatto.

Senza anticipare le questioni più specificamente trattate nei paragrafi seguenti, si può sin d'ora osservare come la giurisprudenza, pur nel solco di una rigida applicazione delle fattispecie astratte, abbia manifestato talvolta un approccio più garantista, ispirato alla necessità di evitare effetti pregiudizievoli sui minori, già inseriti in contesti affettivi e familiari consolidati. Resta tuttavia centrale, ai fini di tale valutazione, l'indagine sull'effettiva incidenza delle condotte sull'interesse pubblico alla veridicità dello stato civile e alla certezza dei rapporti familiari giuridicamente riconosciuti. Proprio tali aspetti saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi 2.2.1 e 2.2.2.

§ 2.2.1. Reato di Alterazione di stato (art. 567 co. 2 c.p.)

Il delitto di alterazione di stato¹⁹⁵, tutela la veridicità dello stato civile dei neonati, garantendo a ciascuno uno *status* conforme alla reale discendenza biologica e giuridica. La fattispecie è collocata tra i delitti contro lo stato di famiglia e presenta due distinte ipotesi incriminatrici. Al primo comma, è punito chiunque sostituisce un neonato e ne altera così lo stato civile (ad esempio, scambi di culla); al secondo comma, rilevante ai fini che ci occupano, si sanziona più severamente chiunque, nella formazione dell'atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato mediante false certificazioni, attestazioni o altre falsità. In altre parole, la seconda ipotesi colpisce le condotte che, al momento della dichiarazione di nascita, attribuiscono intenzionalmente al bambino una genealogia diversa da quella reale attraverso documenti falsi o dichiarazioni mendaci. Il bene giuridico tutelato è individuato prevalentemente nell'interesse pubblico alla certezza delle relazioni familiari e, soprattutto, nel diritto all'identità personale e allo *status familiae* del minore, il quale deve poter ottenere il titolo di figlio che gli spetta in base al suo effettivo rapporto di procreazione. In quest'ottica, la norma mira ad assicurare al neonato uno stato di famiglia conforme alla verità biologica, reprimendo manipolazioni fraudolente dell'atto di nascita.

Sul piano dogmatico, l'alterazione di stato è un reato plurioffensivo e di evento: richiede non solo la condotta di falso (documentale o ideologico), ma anche il verificarsi di un evento giuridico in senso

¹⁹⁵ Codice penale, art. 567, *Alterazione di stato*, R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398.

tecnico, consistente nell'iscrizione di dati non veritieri nei registri di stato civile, con conseguente attribuzione al neonato di uno *status* che non gli compete “*de rerum natura*”. Trattasi di reato a forma vincolata – la norma tipizza specificamente i mezzi di alterazione, ossia false certificazioni, attestazioni o altre falsità – e a consumazione istantanea, che si perfeziona al momento della formazione dell'atto di nascita alterato. Esso può concorrere materialmente con eventuali reati di falso in atto pubblico (ove ne ricorrano i presupposti), ma si distingue dalle comuni falsità documentali per la peculiare offensività rivolta allo *status* del minore. Il dolo richiesto è generico: la giurisprudenza esige la consapevolezza della falsità della dichiarazione, la volontà di effettuarla e la previsione dell'evento di attribuire al neonato uno stato civile diverso da quello che gli spetterebbe secondo natura. È configurabile anche il concorso di persone nel reato *ex art. 567, co. 2, c.p.*: ad esempio, è stato ritenuto responsabile il concorrente che, pur senza rendere personalmente false dichiarazioni di nascita, abbia cooperato in modo causale ed efficiente alla formazione di un atto di nascita ideologicamente falso (si pensi al medico o all'ufficiale di stato civile compiacente). Dal punto di vista sanzionatorio, l'alterazione di stato mediante falsità è considerata dal legislatore di estrema gravità: la pena edittale originariamente prevista – reclusione da 5 a 15 anni – risulta persino più elevata rispetto a quella della sostituzione di neonato (3–10 anni). Tale severità è stata oggetto di intervento correttivo da parte della Corte costituzionale, che con sent. n. 236/2016 ha dichiarato illegittima la pena minima di cinque anni (ritenendola eccessiva rispetto al disvalore), così da ricondurre la cornice edittale del primo comma al *range* 3–10 anni. Resta invece immutata la pena per l'ipotesi di cui al secondo comma (tuttora pari, in astratto, a 5–15 anni di reclusione), il che denota la volontà di sanzionare con particolare durezza le falsificazioni dell'atto di nascita volte ad alterare la filiazione.¹⁹⁶

Sul piano dottrinale, è pacifico ritenere che l'art. 567, co. 2 c.p. protegga in primo luogo la identità personale e familiare del minore, intesa quale *status* di figlio nei confronti dei genitori naturali. Si sottolinea come la veridicità delle indicazioni riportate nell'atto di nascita sia un valore di rango primario: da essa dipendono non solo gli assetti familiari ma anche diritti personalissimi del bambino (diritto alle proprie radici biologiche, alla corretta attribuzione di parentela, alla cittadinanza, etc.). In quest'ottica, alcuni autori collegano il reato in esame al principio generale – di matrice romanistica – della *mater semper certa est*, evidenziando che la figura criminosa in questione punisce proprio l'elusione fraudolenta di tale principio (attribuendo intenzionalmente al

¹⁹⁶ R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fascicolo 2/2019, pp. 142 e ss.

neonato una madre diversa da quella naturale). Il bene giuridico è dunque composito: accanto all'interesse pubblico alla regolarità dello stato civile, si ravvisa l'interesse del minore a non subire falsificazioni identitarie. La dottrina maggioritaria definisce l'alterazione di stato un reato di falso in senso lato, ma con connotazioni proprie: esso costituisce un'ipotesi speciale di falso ideologico in atto pubblico, caratterizzata da un evento di danno permanente (l'alterazione dello *status*) e sorretta da un particolare elemento soggettivo, consistente nell'intento di attribuire fraudolentemente la genitorialità di un neonato a soggetti diversi dai veri genitori. Proprio questa finalità dolosa specifica – alterare la discendenza – differenzia il delitto *de quo* da altre figure di reato eventualmente concorrenti (ad esempio, la falsa attestazione al pubblico ufficiale *ex art. 495 c.p.*, sovente contestata in casi simili). È stato osservato che, in mancanza di uno specifico obbligo giuridico di riferire all'ufficiale di stato civile le modalità della procreazione, l'omessa rivelazione di circostanze come il ricorso a tecniche di procreazione assistita non integra di per sé false dichiarazioni sulla propria o altrui identità personale. Pertanto, la portata applicativa dell'art. 567, co. 2 c.p. va circoscritta ai casi in cui vi sia un *quid pluris* positivo – vale a dire un'attività fraudolenta tangibile, documentale o dichiarativa – tale da creare uno stato civile difforme dal vero. In dottrina non mancano peraltro letture critiche sulla proporzionalità della risposta punitiva: la previsione di pene così elevate per questo reato (equiparabili o superiori a quelle di taluni gravi delitti contro la persona) è stata giudicata eccessiva e si è invocato un intervento riformatore. Si sottolinea come spesso l'alterazione di stato si realizzi in contesti di genitorialità problematica (es. riconoscimenti fittizi per conferire una famiglia a un neonato altrimenti abbandonato, o per aggirare impedimenti legali alla filiazione): situazioni che presentano profili eticamente complessi, in cui la risposta carceraria di lunga durata potrebbe non essere la più appropriata. Parte della dottrina auspica dunque un riequilibrio sanzionatorio, soprattutto alla luce della declaratoria d'illegittimità costituzionale sopra ricordata e di un raffronto con discipline di Paesi vicini. In ogni caso, le ricostruzioni prevalenti convergono nel riconoscere la perdurante importanza del delitto di alterazione di stato come presidio dell'ordine pubblico familiare e della verità biologica della filiazione, ritenendo semmai opportuno un aggiornamento della norma per meglio adeguarla alle trasformazioni sociali (ad esempio, le nuove tecniche di procreazione assistita e le situazioni di nascita “non tradizionale”).

La giurisprudenza applicativa dell'art. 567, comma 2, c.p. si è inizialmente sviluppata in relazione a casi tradizionali di falsi riconoscimenti di figli. Emblematica è stata una sentenza della Cassazione, che ha confermato la condanna per alterazione di stato a carico di un uomo il quale aveva

falsamente dichiarato come propri, all'ufficiale di stato civile, due gemelli in realtà partoriti da una donna con cui egli aveva avuto una relazione cessata ancor prima del concepimento.¹⁹⁷ In tal caso la Cassazione ha applicato rigorosamente il dettato normativo, qualificando come integrato il reato ogniqualvolta, nella formazione dell'atto di nascita, venga attribuita intenzionalmente al neonato una maternità o paternità difforme dal vero. La vicenda conferma l'orientamento tradizionale secondo cui il momento cruciale è quello della dichiarazione di nascita: chi rende all'ufficiale dello stato civile informazioni false circa l'identità genitoriale del neonato – ad esempio indicando come madre una donna diversa da quella partorienti – altera lo stato civile del bambino e ne risponde penalmente. Analogamente, è stato ritenuto configurabile il delitto *de quo* in casi di fecondazione eterologa clandestina,¹⁹⁸ allorché la madre dichiara falsamente come figlio proprio un neonato geneticamente non suo: qui si altera infatti la verità di procreazione, impedendo al neonato di conseguire lo *status filiationis* corrispondente al patrimonio genetico. In questa prospettiva si è posto il problema della maternità surrogata, nel nostro ordinamento. Prima dell'entrata in vigore della L. 169/2024, al ritorno in Italia, le coppie che vi hanno ricorso, hanno cercato di registrare i bambini come figli propri, aprendo un delicato fronte applicativo: la condotta di dichiarare come madre legale del neonato la donna committente (che non lo ha partorito) può configurare il reato di alterazione di stato? E la successiva formazione dell'atto di nascita italiano, basata su un certificato estero eventualmente difforme dalla realtà biologica, integra gli estremi della falsità penalmente rilevante? Su tali questioni si è sviluppato un articolato contrasto, poi risolto dalla giurisprudenza di legittimità.

Inizialmente, alcune Procure e Tribunali hanno mostrato un orientamento incriminatorio, contestando l'art. 567, co. 2 c.p. alle coppie ricorse a surrogazione all'estero. Un caso esemplare è la vicenda decisa dal Tribunale di Brescia nel 2019, in cui una coppia fu dichiarata colpevole di alterazione di stato per aver fatto risultare – mediante certificazioni ed attestazioni false – due gemelli nati in Ucraina come figli della donna che però non li aveva partoriti.¹⁹⁹ In tale pronuncia (non definitiva), i giudici sottolinearono che la norma penale mira ad assicurare al neonato uno

¹⁹⁷ v. Cass., sez. VI, 4 luglio 2005, n. 24586

¹⁹⁸ v. Trib. Brescia, Sez. II pen., 26 novembre 2013, Pres. ed Est. Di Martino con nota di T. Trinchera, *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*, in *Diritto Penale contemporaneo*, ISSN 2039-1676, 2014

¹⁹⁹ Tribunale di Brescia, sentenza 26 novembre 2013, in *Biodiritto*, disponibile su: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Tribunale-di-Brescia-sent.-26-novembre-2013-maternita-surrogata-all-estero-e-condanna-per-alterazione-di-stato>

status conforme all'effettiva discendenza, sicché la maternità “di fatto” acquisita tramite utero in affitto non poteva trovare legittimo riconoscimento, dovendo prevalere il principio per cui ai bambini spetta lo status che deriva “secondo natura” dal parto. Di conseguenza, la coppia che dichiara come propria figlia un bimbo nato da maternità surrogata commetterebbe alterazione di stato, poiché attribuisce al neonato una madre legale diversa da quella naturale (la gestante). Questo approccio rigoroso evidenzia la massima tutela della verità biologica: ogni scostamento volontario da essa, anche se motivato dal desiderio di genitorialità, integrerebbe gli estremi del delitto.

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha successivamente adottato un orientamento ben più restrittivo nell'applicazione dell'art. 567, co. 2 ai casi di surrogazione di maternità all'estero. In una serie di pronunce tra il 2016 e il 2020, la Corte di Cassazione ha escluso la configurabilità dell'alterazione di stato quando i genitori intenzionali abbiano agito in conformità alle leggi del luogo di nascita del bambino.²⁰⁰ In particolare, la Cassazione penale ha affermato che non si realizza alcuna alterazione di stato se il minore ottiene uno status filiationis conforme alla normativa vigente nel Paese in cui è nato. Il fondamento giuridico di tale assunto risiede nel principio di diritto internazionale privato secondo cui le dichiarazioni di nascita effettuate all'estero da cittadini italiani sono regolate dalla *lex loci actus*: l'art. 15 del d.P.R. 3/11/2000 n. 396 (Ordinamento dello stato civile) rinvia infatti alle norme del luogo ove l'atto è formato. Ne consegue che, se nell'ordinamento straniero la maternità surrogata è lecita e l'atto di nascita ivi formatosi attribuisce al neonato la filiazione in capo alla coppia committente, detta attribuzione non può considerarsi “falsa” secondo il nostro ordinamento, bensì va riconosciuta come legittima espressione della *lex loci*. Su questa linea si collocano, tra le altre, alcune sentenze di legittimità²⁰¹ le quali – in fattispecie di dichiarazione di nascita resa presso autorità consolari italiane sulla base di certificato ucraino di nascita da GPA – hanno escluso il dolo di alterazione di stato, ritenendo mancante qualunque attività fraudolenta ulteriore rispetto alla presentazione di documenti formalmente regolari secondo la legge locale. Tale orientamento è stato definitivamente consolidato dalla sentenza Cass., Sez. VI, 13 ottobre – 10 novembre 2020, n. 31409, che ha rigettato il ricorso del Pubblico Ministero avverso un provvedimento di archiviazione, sancendo in modo ancor più netto i

²⁰⁰Cfr., T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, p. 1429.

²⁰¹v. Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525; Cass. pen., Sez. VI, 28 dicembre 2016 (dep. 2017), n. 48696,

limiti applicativi della fattispecie nel contesto della surrogazione transnazionale.²⁰² La Suprema Corte, dopo aver richiamato i precedenti conformi, ha infatti affermato che ai fini della configurabilità del delitto in esame è necessaria “un’attività materiale di alterazione di stato che costituisca un *quid pluris* rispetto alla mera falsa dichiarazione”, cioè un concreto atto di falsificazione idoneo a creare un’attestazione di nascita difforme dal vero rapporto di filiazione. Nel caso di specie, invece, le attestazioni rese dagli indagati – basate su un certificato di nascita validamente formato in Ucraina – non integravano falsità documentali o ideologiche, risultando viceversa legittime secondo la *lex loci*, che ammetteva la surrogazione in presenza di un apporto genetico almeno parziale della coppia. In altri termini, la Cassazione ha negato che la mera trascrizione in Italia di un atto di nascita estero conforme alla legge straniera possa equivalere a un’alterazione di stato punibile. Manca, in tal caso, l’intenzionalità fraudolenta richiesta dalla norma: i genitori committenti non falsificano alcunché, limitandosi a presentare un atto veritiero secondo l’ordinamento di nascita.

Grazie a queste pronunce, sino a data odierna è chiaro che l’art. 567, co. 2 c.p. non si applica alle ipotesi di GPA lecite all’estero, purché la formazione dell’atto di nascita avvenga in quello Stato secondo le relative leggi (e dunque riporti come genitori i soggetti che, secondo quella legge, assumono la genitorialità). Diversa resta, per converso, l’ipotesi in cui la coppia compia attività fraudolente sul territorio italiano per attribuirsi lo *status* genitoriale: ad esempio dichiarando falsamente un parto avvenuto in Italia, ovvero producendo documenti esteri artefatti.

In tali ipotesi – ben diverse dal semplice ricorso alle vie legali straniere – la condotta rientrerebbe certamente nel precetto dell’art. 567 c.p., come confermato dalle pronunce di merito più severe (v. supra). In sintesi, secondo la giurisprudenza attuale occorre distinguere: la nascita avvenuta all’estero e documentata secondo la *lex loci* non configura di per sé il delitto di alterazione di stato, mentre l’espedito fraudolento (dichiarazioni o certificati falsi) messo in atto per aggirare il divieto interno di surrogazione cade sotto la scure punitiva dell’art. 567 c.p.²⁰³ Questa interpretazione equilibrata evita indebite estensioni punitive in situazioni in cui il fatto, pur contrario alla legge italiana, è stato però attuato all’estero nel rispetto di un ordinamento straniero. Da notare, infine,

²⁰² Cfr., Senato della Repubblica – Servizio Studi, Dossier sull’A.S. n. 824. *Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli, p. 10

²⁰³ Cfr., T. Trinchera, *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all’estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*, in *Diritto Penale contemporaneo*, ISSN 2039-1676, 2014, p. 3.

che in tali casi la Cassazione ha escluso anche altre imputazioni accessorie: ad esempio, è stata confermata l'assoluzione dal reato di false dichiarazioni sull'identità (art. 495 c.p.), poiché i genitori che chiedono la trascrizione dell'atto estero non sono tenuti a riferire all'ufficiale di stato civile le modalità con cui è nato il figlio, e la loro omissione non integra mendacio legalmente rilevante. Si tratta di un ulteriore argomento a sostegno dell'orientamento restrittivo: in assenza di un obbligo di comunicazione, non vi può essere frodolenza sanzionabile.²⁰⁴

La recente evoluzione legislativa – analizzata in dettaglio nei paragrafi precedenti – ha inciso significativamente sul contesto in cui si collocano le condotte finora descritte. Come si è visto, con la legge 19 ottobre 2024, n. 169 il legislatore è intervenuto direttamente sulla norma incriminatrice della maternità surrogata (art. 12, comma 6, L. 40/2004), aggiungendo a quest'ultima un periodo che estende la punibilità anche ai fatti commessi all'estero dal cittadino italiano. In tal modo la surrogazione di maternità è divenuta a tutti gli effetti un reato “universale” (o più propriamente, un reato comune a carattere di extraterritorialità obbligatoria per il cittadino). Il divieto penale interno – già previsto sin dal 2004 e volto a sanzionare chi “in qualsiasi forma realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità”²⁰⁵ – viene così proiettato oltre i confini nazionali, colmando le lacune di punibilità finora esistenti. Come evidenziato, prima della riforma vi era un vuoto applicativo dovuto ai limiti di giurisdizione: l'art. 12, co. 6 L. 40/2004 configurava un delitto punito con pene relativamente miti (reclusione max. 2 anni), e in difetto di condizioni di procedibilità *ex artt.* 9–10 c.p. non consentiva di perseguire i cittadini che avessero realizzato la GPA all'estero. Ci si era perciò affidati, in via surrogatoria, ad altre fattispecie più gravi – quale appunto l'alterazione di stato *ex art.* 567 c.p. – nel tentativo di reprimere condotte percepite come elusive del divieto nazionale.²⁰⁶ Adesso, invece, l'ordinamento italiano prevede una specifica incriminazione extraterritoriale per la surrogazione di maternità compiuta dal cittadino all'estero, rimuovendo la necessità di ricorrere a costruzioni giurisprudenziali estensive. In altri termini, dopo la L. 169/2024 risulta meno pressante l'esigenza di “forzare” l'ambito applicativo dell'art. 567, co. 2 c.p. per ricomprendervi i casi di surrogazione effettuata legalmente oltreconfine, poiché tali casi sono ora direttamente sanzionati *uti cives* dalla legge speciale sulla PMA. Si profila dunque una

²⁰⁴ *Infra*, T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, p. 1422.

²⁰⁵ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*”, art. 12, comma 6, in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, n. 45 del 24 febbraio 2004, Supplemento ordinario n. 31.

²⁰⁶ M. Zinani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10

riorganizzazione del sistema punitivo: l'alterazione di stato tornerà verosimilmente ad essere applicata nei suoi confini tipici (falsi attestamenti in sede di formazione di atti di nascita), lasciando al nuovo regime di cui all'art. 12 L. 40/2004 il compito di colpire la condotta di ricerca di una genitorialità surrogata all'estero. Del resto, la stessa formulazione dell'art. 567 c.p. – che richiede la falsificazione dell'atto di nascita – sembra assumere, a seguito della riforma, una valenza ancor più sussidiaria: laddove il cittadino abbia intrapreso una procedura di surrogazione all'estero, egli risponderà di quel fatto-base (reato di surrogazione) indipendentemente dalle modalità con cui successivamente dichiara la nascita in Italia. Se poi egli, nel tentativo di ottenere la registrazione, commetterà anche falsità sull'atto di nascita (ad esempio simulando un parto inesistente, oppure ricorrendo a certificati falsificati), potrà ovviamente rispondere in concorso sia del reato di cui alla L. 40/2004 sia di quello di alterazione di stato. In tal senso, l'incidenza della nuova legge si coglie sia sul piano preventivo sia su quello repressivo: prevenzione, perché la minaccia di punibilità diretta potrebbe dissuadere i cittadini dal ricorrere alla surrogata all'estero (mentre in passato sussisteva la speranza di farla franca, confidando quantomeno nell'assenza di giurisdizione); repressione, perché ove la norma penale sul falso stato venga comunque violata, la stessa condotta costituirà ora un illecito plurioffensivo censurato da due norme (una a tutela della dignità/procreazione, l'altra a tutela dello status del minore). Sarà compito della giurisprudenza, in futuro, definire i rapporti tra le due fattispecie in caso di concorso apparente o reale: allo stato, nulla esclude un concorso materiale di reati, data la diversa obiettività giuridica (la surrogazione come reato contro la bioetica e la dignità della donna, l'alterazione di stato come reato contro la famiglia). Si può però ipotizzare che l'esistenza di un reato mirato (punito peraltro in modo più lieve) potrà orientare i giudici ad applicare in via prioritaria quest'ultimo nelle vicende di GPA, riservando l'art. 567 c.p. ai soli casi in cui ricorrano condotte di falso qualificato non coperte dalla legge n. 40/2004. In definitiva, la L. 169/2024 ha riportato la surrogazione di maternità nell'alveo della sua disciplina specifica, ridimensionandone l'interferenza con il delitto di alterazione di stato: un assestamento normativo che sembra favorire una maggior chiarezza sistematica, pur lasciando aperte talune questioni di coordinamento sanzionatorio (si pensi al diverso regime di procedibilità e prescrizione delle due fattispecie concorrenti).

Permangono, sullo sfondo, una serie di profili problematici legati al tema dell'alterazione di stato in contesti di nascita “non convenzionale”, soprattutto in riferimento al diritto internazionale privato e al riconoscimento dello status filiationis. Il primo nodo critico riguarda il disallineamento tra diritto penale e diritto civile nel trattamento degli effetti della maternità surrogata compiuta all'estero.

Come si è visto, la giurisprudenza penale tende ormai a non sanzionare penalmente la mera trascrizione degli atti di nascita stranieri provenienti da GPA lecita, escludendo in tali casi il delitto di alterazione di stato. Viceversa, sul versante civile e di diritto internazionale privato, l'orientamento prevalente (fatto proprio anche dalle Sezioni Unite civili) è di negare riconoscimento pieno in Italia a quegli atti, ritenendoli contrari all'ordine pubblico. In particolare, la nota pronuncia delle Sez. Unite civili n. 12193/2019 ha stabilito che il provvedimento straniero o l'atto di nascita formato all'estero che attribuisce la genitorialità ad un soggetto che non ha legami biologici con il minore (es. la madre intenzionale che non ha fornito ovuli, o il secondo padre in coppia omosessuale) contrasta con i principi di ordine pubblico vigenti nel nostro ordinamento.²⁰⁷ Tali principi – desunti da norme di rango costituzionale e codicistico – includono la tutela della dignità della gestante e il modello dell'adozione come unico mezzo legittimo di genitorialità non biologica. In base a questa impostazione, dunque, l'atto di nascita estero viene parzialmente riconosciuto: è ammessa in Italia la filiazione rispetto al genitore biologico (di regola il padre genetico), mentre è rifiutata la registrazione del rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione privo di legame genetico. Ne risulta una situazione peculiare: nessuna responsabilità penale per alterazione di stato, ma impossibilità di pieno riconoscimento civile del rapporto di filiazione stabilito all'estero. Il minore nato da surrogata all'estero rischia così di trovarsi, nel nostro Paese, con uno *status* monogenitoriale (riconosciuto solo nei confronti di uno dei due aspiranti genitori) – o addirittura privo di genitori legalmente registrati, qualora il padre biologico non possa o non voglia effettuare un riconoscimento unilaterale. Questa frattura tra realtà effettuale e realtà legale solleva evidenti questioni di tutela dei diritti del minore. Il diritto internazionale privato italiano prevede sì il limite dell'ordine pubblico come barriera al recepimento di atti stranieri²⁰⁸, e tale limite è stato ribadito nel contesto della surrogazione di maternità. Tuttavia, la nozione di ordine pubblico va bilanciata con altri principi parimenti rilevanti a livello internazionale, primo fra tutti il superiore interesse del minore. In ambito europeo, la giurisprudenza della Corte EDU ha più volte affermato che il bambino, anche se nato tramite surrogazione contraria alla legge dello Stato di residenza, ha diritto al rispetto della propria identità e vita familiare: ciò implica, ad esempio, il riconoscimento legale almeno del legame di filiazione con il genitore biologico e la predisposizione di strumenti giuridici

²⁰⁷ E. Diciocia, *Il divieto di surrogazione di maternità e il riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale*, in *Rivista Famiglia*, Pacini Giuridica, 2020, p.3.

²⁰⁸ Legge 31 maggio 1995, n. 218, *"Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato"*, artt. 16 e 65, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 128 del 3 giugno 1995, Supplemento ordinario n. 68., in materia di riconoscimento di provvedimenti stranieri in tema di stato delle persone.

idonei a tutelare il rapporto con l'altro genitore intenzionale.²⁰⁹ L'ordinamento italiano, dopo le resistenze iniziali, ha parzialmente recepito tali indicazioni, come dimostra l'orientamento penale sopra illustrato e l'apertura – sul piano civilistico – alla soluzione dell'adozione in casi particolari. Le Sez. Unite civili del 2019²¹⁰, pur negando la trascrivibilità diretta dello status di figlio nei confronti del genitore d'intenzione, hanno infatti indicato nell'adozione *ex art. 44, co. 1, lett. d)*, L. 184/1983 (adozione “mite” non legittimante) lo strumento attraverso cui poter riconoscere, caso per caso, un legame giuridico tra il minore e il *partner* del genitore biologico. Questa soluzione, già praticata dai tribunali per i minorenni in alcune occasioni, consente al secondo genitore di assumere un ruolo legale (sebbene non identico a quello di genitore naturale, trattandosi di adozione con effetti limitati) ed evita di lasciare il minore in un vuoto di tutele. Tuttavia, l'adozione non è un meccanismo automatico né privo di ostacoli: richiede un procedimento giudiziario, una valutazione caso per caso dell'interesse del minore e, soprattutto, non è ammessa in presenza di comportamenti dei richiedenti configurabili come reato. Ed ecco un ulteriore paradosso introdotto dalla L. 169/2024: i genitori intenzionali che abbiano realizzato una GPA all'estero, d'ora in avanti, saranno considerati *rei* di un delitto (punibile anche solo per il fatto di avervi partecipato). Ciò potrebbe complicare o ritardare il ricorso all'adozione in *secundis*, dal momento che i medesimi soggetti risultano autori di un comportamento che l'ordinamento qualifica come criminoso (ben diversa dalla situazione precedente, in cui la coppia committente non era penalmente perseguibile se non per eventuali falsi). Si accentua, dunque, il conflitto di valori: da un lato, la tutela dell'ordine pubblico e dei principi etico-giuridici (che il legislatore del 2024 ha voluto rafforzare mediante la penalizzazione extraterritoriale); dall'altro, la tutela del bambino nato, la cui condizione rimane precaria e bisognosa di soluzioni di riconoscimento dello *status*. In prospettiva, la dottrina più attenta auspica un intervento normativo organico che affronti tali nodi²¹¹: non tanto mediante sanatorie generalizzate dei risultati della surrogazione (che appaiono politicamente lontane), ma quantomeno attraverso procedure semplificate e uniformi per il riconoscimento dello *status filiationis* dei minori coinvolti, in linea con gli obblighi internazionali di protezione dell'infanzia. In sede europea si discute, ad esempio, di un regolamento sul riconoscimento dei rapporti di filiazione

²⁰⁹ v., *inter alia*, le sentenze *Mennesson c. Francia*, 2014, e Advisory Opinion della Corte EDU 10 aprile 2019

²¹⁰ v. M. Giacomini, *Il caso Mennesson, La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio Costituzionale*, fasc. 5/2019, 2019 p. 175

²¹¹ Si veda, P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.353-367.

stabiliti all'estero, che permetterebbe di superare agevolmente le frammentazioni nazionali; al momento, tuttavia, l'Italia parrebbe mantenere una posizione di chiusura, timorosa che simili strumenti possano aggirare il divieto interno di surrogazione.²¹²

§ 2.2.2. Reato di false comunicazioni a pubblico ufficiale (art. 495 co. 2 n. 1 c.p.)

L'art. 495 c.p. punisce “chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona” con la reclusione da uno a sei anni. Si tratta di una fattispecie collocata tra i delitti contro la fede pubblica,²¹³ in particolare nel novero delle falsità personali, ossia quei reati di falso che attengono all'alterazione di contrassegni personali (come nome, stato civile, qualità identificative) su cui si fonda l'identificazione degli individui. Il bene giuridico è tradizionalmente individuato nella fede pubblica intesa come fiducia collettiva nella veridicità dell'identità personale dichiarata ai pubblici ufficiali. In altri termini, la norma tutela l'affidamento che la pubblica amministrazione e la collettività ripongono nella corretta attribuzione di identità e *status* delle persone nei rapporti giuridici ufficiali. Nel contempo, quando la falsa dichiarazione riguarda lo stato civile di un individuo (ad esempio la filiazione), essa incide anche su interessi di natura privatistica e familiare – in *primis* il diritto del minore alla verità sul proprio *status filiationis* – che però trovano tutela più diretta in altre disposizioni (come l'alterazione di stato di cui agli artt. 566-567 c.p.). Proprio per la delicatezza di tali interessi, il legislatore ha previsto per le falsità in atti dello stato civile una pena aggravata: il comma 2, n. 1, dell'art. 495 c.p. dispone infatti che la reclusione “non è inferiore a due anni” se le false dichiarazioni “riguardano atti dello stato civile”. Dunque informazioni mendaci rese in occasione di dichiarazioni di nascita, matrimonio, riconoscimento di figli, etc., parrebbero essere punite più severamente rispetto alla forma base del reato.²¹⁴

Soggetto attivo del delitto è chiunque – trattasi quindi di un reato comune, frequentemente commesso da privati cittadini – mentre il soggetto passivo è lo Stato comunità, titolare del bene

²¹² Unione Europea, Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (COM(2022) 695 final), 7 dicembre 2022, disponibile su: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0481_IT.pdf

²¹³ Cfr., M. C. Bisacci, *Falsità Personali*, in Dig. disc. pen., IV ed., 2010, I, Torino, p. 3.

²¹⁴ *Infra*, A. Pagliaro, *Falsità personale*, in Enciclopedia del Diritto, XVI, Milano, 1967, pag. 646

della fede pubblica leso dalla falsità. La condotta consiste nel dichiarare o attestare il falso a un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni. La dottrina non è unanime sul significato differenziato dei termini “dichiarare” e “attestare”, ma in genere si ritiene che entrambi si riferiscano a condotte di falsa rappresentazione di dati personali rivolte all'autorità (per alcuni dichiarare riguarderebbe falsità sull'identità propria, mentre attestare sarebbe riferito a qualità altrui, ma tale distinzione non ha riscontri pratici univoci). Ciò che rileva è che vi sia un'affermazione mendace su elementi essenziali dell'identità o *status* della persona (nome, generalità, relazione di parentela, qualifica, ecc.) resa a un pubblico ufficiale che la riceve in ragione del suo ufficio. Non è necessario che la falsità sia verbalizzata in un atto pubblico formale: a seguito della riforma del 2008, che ha eliminato dal testo dell'art. 495 il riferimento all'“atto pubblico”, il reato sussiste anche per dichiarazioni rese oralmente al pubblico ufficiale al di fuori di un documento. In tal modo l'art. 495 c.p. ha assunto portata più ampia e autonoma rispetto al falso ideologico del privato in atto pubblico *ex* art. 483 c.p.: mentre prima del 2008 le due fattispecie si sovrapponevano (art. 495 fungeva da speciale di 483), oggi la falsa dichiarazione resa in un atto pubblico integra entrambe le figure di reato, ma prevale il regime sanzionatorio più severo dell'art. 495.²¹⁵ Sono invece escluse dall'ambito applicativo della norma le condotte di mero silenzio o reticenza: il soggetto non ha obbligo di affermare alcunché e il semplice tacere una propria identità o qualità non configura il reato (salvo che tale condotta integri altre fattispecie, come il rifiuto di fornire generalità previsto da norme specifiche). In sintesi, la struttura del reato è quella di un reato di pura condotta (di pericolo astratto): la sola esternazione della falsità al pubblico ufficiale completa l'illecito, senza che occorra un evento di danno ulteriore o l'effettivo inganno dell'autorità.

Dal punto di vista soggettivo è richiesto il dolo generico. L'agente deve essere consapevole della falsità delle informazioni fornite e volontariamente indirizzarle all'ufficiale pubblico perché siano da questi recepite come vere. Non è richiesto alcun fine ulteriore (ad esempio scopo di profitto o di evasione di responsabilità): basta la volontà cosciente di affermare il falso. Ne consegue che l'errore sui fatti elimina il dolo (chi dichiara generalità inesatte credendole vere non risponde del reato), mentre l'errore sul precetto penale – salvo casi estremi di ignoranza inevitabile della legge – non scusa la condotta. La giurisprudenza ha talora riconosciuto l'operatività di uno stato di necessità putativo o di un errore sul fatto in vicende peculiari (come si vedrà *infra* nel caso di chi agisce convinto della liceità del proprio operato all'estero), ma in linea di principio la falsa dichiarazione resta volontaria e punibile anche se motivata da fini ritenuti moralmente validi dall'agente.

²¹⁵ *Infra*, M. C. Bisacci, *Falsità Personali*, in Dig. disc. pen., IV ed., 2010, I, Torino, p. 3

Un profilo delicato, rilevante in materia di maternità surrogata, riguarda il rapporto tra l'art. 495 c.p. (falsità ideologica sulla propria identità o qualità) e l'art. 567 c.p. (alterazione di stato civile del neonato). Quest'ultimo punisce chi, "nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità". È evidente che dichiarare falsamente di essere madre (o padre) di un bambino al momento della registrazione della nascita significa alterarne lo *status filiationis*: il neonato viene iscritto come figlio di una persona diversa da quella che lo ha generato/partorito. Tale condotta rientra a pieno titolo nell'alveo dell'art. 567, co. 2 c.p., norma speciale inserita tra i delitti contro lo stato di famiglia che mira a garantire al neonato uno stato di famiglia corrispondente alla realtà biologica.²¹⁶ In effetti, la giurisprudenza ha chiarito che si configura il delitto di alterazione di stato "anche quando la falsità riguarda la procreazione, come nel caso di maternità surrogata (o utero in affitto), perché il neonato risulta figlio di una donna che non lo ha realmente partorito".²¹⁷ In tali ipotesi, l'art. 567 co.2 c.p. assorbe la falsa dichiarazione all'ufficiale di stato civile, presentandosi come fattispecie autonoma e più gravemente sanzionata.²¹⁸ Pertanto, quando ricorrono gli estremi dell'alterazione di stato (dichiarazioni false in atto di nascita con effettiva modificazione dell'identità del neonato), prevale quest'ultima norma in applicazione del principio di specialità, evitando un concorso apparente di reati. Resta ferma, comunque, la possibilità di contestare in via alternativa o subordinata l'art. 495 c.p. nei casi di maternità surrogata, specialmente qualora – per ragioni procedurali o di diritto internazionale – non si ritenga applicabile l'art. 567 c.p. (ad esempio perché il fatto avviene all'estero, come si dirà *infra*). In ogni caso, l'art. 495 co.2 n.1 c.p. costituisce una clausola di salvaguardia penale volta a reprimere le falsità nelle dichiarazioni anagrafiche sullo status personale, tutelando la veridicità degli atti di stato civile e l'affidamento che su di essi si ripone.

In relazione ai casi di maternità surrogata, la giurisprudenza italiana ha affrontato il problema delle false dichiarazioni rese per occultare la realtà della filiazione. In scenari tipici, una coppia italiana si rivolge a una madre surrogata (spesso all'estero) e, alla nascita del bambino, cerca di ottenere il riconoscimento legale del rapporto di filiazione con i committenti, eludendo il divieto nazionale di surrogazione. Ciò può avvenire attraverso dichiarazioni false all'ufficiale dello stato civile (ad

²¹⁶ Cfr., T. Trinchera, *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*, in *Diritto Penale contemporaneo*, ISSN 2039-1676, 2014, p.2

²¹⁷ cit. Trib. Brescia, Sez. II pen., 26 novembre 2013

²¹⁸ Pena edittale dai 3 ai 10 anni di reclusione, inizialmente dai 5 ai 15 anni poi ridotta dalla Corte Cost. n. 236/2016

esempio, dichiarando un parto avvenuto dalla committente in luogo della gestante reale) o presentando atti di nascita esteri con dati non corrispondenti alla verità biologica. Le autorità giudiziarie hanno reagito in modo non uniforme, oscillando tra l'applicazione rigorosa delle norme penali sulle falsità e considerazioni legate al contesto internazionale e alla buona fede degli imputati.

Un orientamento rigoroso è rappresentato dalla decisione del Tribunale di Brescia (Sez. II) in un caso di gemelli nati a Kiev tramite surrogazione. In primo grado i giudici bresciani hanno ritenuto la coppia colpevole del reato di alterazione di stato *ex art. 567, co. 2 c.p.*, per aver fatto risultare falsamente i bambini come figli della donna committente, che non li aveva partoriti. Secondo il Tribunale, i coniugi, nel rendere all'ufficiale dello stato civile dichiarazioni sull'identità materna, avevano l'obbligo di verità in ragione dell'interesse primario dell'ordinamento a garantire a ogni neonato uno stato di famiglia conforme alla realtà biologica. La falsa indicazione della madre configurava dunque un evidente snaturamento dello *status* dei minori, integrando tutti gli elementi costitutivi del delitto: la condotta materiale (attestazione di circostanze non vere nell'atto di nascita) e il dolo (la consapevolezza e volontà di attribuire ai neonati uno stato civile difforme dal vero). La coppia è stata condannata a una pena di 5 anni e 1 mese di reclusione. Va sottolineato che tale sentenza non era definitiva, essendo stata appellata; ciononostante, essa testimonia un approccio intransigente: la surrogazione di maternità, ancorché realizzata all'estero, viene sanzionata indirettamente attraverso le norme penali sulla falsità in atti dello stato civile, ritenute pienamente applicabili qualora in Italia si formi un atto pubblico (trascrizione di nascita) non veritiero.²¹⁹

Di segno opposto è stato invece l'orientamento emerso in un procedimento deciso dal Tribunale di Napoli – Ufficio GIP, riguardante quello che è passato alle cronache come il primo caso italiano di surrogazione internazionale perseguito penalmente. La vicenda concerneva un minore nato in Ucraina da madre surrogata, il cui atto di nascita redatto a Kiev indicava come genitori biologici i committenti italiani. A carico della coppia la Procura aveva contestato un ampio ventaglio di reati: oltre alla violazione del divieto di surrogazione previsto dall'art. 12, co. 6, L. 40/2004, anche l'alterazione di stato *ex art. 567, co. 2 c.p.*, la falsità ideologica in atto pubblico *ex art. 476 c.p.* (riguardante l'atto di nascita) e la falsa dichiarazione a P.U. *ex art. 495 c.p.* Ebbene, con sentenza del 17 luglio 2015 (n. 7635/2015) il GUP di Napoli ha assolto gli imputati da tutti i capi d'accusa.

²¹⁹ Cfr., T. Trincherà, *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*, in *Diritto Penale contemporaneo*, ISSN 2155-2039-1676, 2014, p.2

Nella motivazione, il giudice dell'udienza preliminare afferma che "il fatto non costituisce reato", escludendo in radice il dolo di falsità e riconoscendo agli imputati una sorta di scriminante putativa: essi si erano recati consapevolmente in un paese (l'Ucraina) dove la pratica era lecita, osservandone la normativa, e ritenevano dunque lecito anche il proprio comportamento. In altre parole, la coppia ha agito nella convinzione di esercitare un proprio diritto, confidando sulla legalità della surrogazione in quel contesto. Secondo il GUP, questa convinzione escludeva la volontà di commettere un fatto illecito (mancava in loro la coscienza di falsare lo stato civile in senso penalmente rilevante). Il Pubblico Ministero ha impugnato tale decisione, sostenendo tra l'altro che il giudice avesse confuso la surrogazione di maternità con la fecondazione eterologa (il cui divieto in Italia era stato di recente rimosso dalla Corte Costituzionale) e che avesse erroneamente applicato la categoria dell'esercizio putativo di un diritto.²²⁰

La Corte di Cassazione, investita del ricorso, ha però confermato l'assoluzione. Con sentenza Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525, la Suprema Corte ha rigettato l'impugnazione del PM. Pur rilevando alcuni vizi nella motivazione del GUP (in merito al richiamo improprio alla scriminante putativa, ritenuta in realtà non configurabile nella fattispecie data, la Cassazione ha ritenuto che tali errori non inficiassero il dispositivo finale di proscioglimento, il quale andava dunque confermato.²²¹ Di conseguenza, la prima pronuncia di legittimità sul tema ha sancito che la coppia non dovesse essere punita per le false dichiarazioni rese in funzione dell'occultamento della maternità surrogata. È significativo che, in questa decisione, i giudici di legittimità abbiano evitato di affermare esplicitamente che la condotta fosse priva di offensività, concentrandosi piuttosto su aspetti di diritto penale internazionale privato: la surrogazione era avvenuta all'estero lecitamente e il titolo di genitorialità dei committenti derivava da un atto formato secondo la legge locale. In effetti, già nel corpo della sentenza del GUP e ancor più nel dibattito dottrinale successivo, si è posto l'accento sui limiti di giurisdizione e di applicabilità della legge penale italiana. La stessa Cassazione penale, in questo caso e in un successivo del medesimo anno, ha osservato che le dichiarazioni rese dai committenti all'autorità consolare italiana sulla base di un certificato ucraino che li indicava come genitori (in conformità alla legge locale) non integravano gli estremi di reato perseguibili in

²²⁰ *Infra*, A. Vallini., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Diritto penale e processo*, VII, 2017, pag. 902.

²²¹ *Ibidem*, p.85

Italia.²²² Tale orientamento è stato confermato anche dalla Cass. Sez. VI, 29 novembre 2016, n. 48696, anch'essa relativa a vicende di surrogazione all'estero.²²³ In sostanza, le autorità italiane hanno ritenuto di non poter criminalizzare la mera presentazione o utilizzazione di un atto di nascita estero veritiero secondo la legge del luogo, ancorché attestante uno status di filiazione ottenuto tramite una pratica vietata in Italia.

Una ulteriore pronuncia meritevole di nota è quella resa dal Tribunale di Milano nel 2013, che rappresenta un'evoluzione sul piano dell'inquadramento tecnico-giuridico delle falsità in contesti transnazionali. In un caso di maternità surrogata all'estero, i giudici milanesi hanno adottato un approccio pragmatico: hanno riconosciuto che la condotta degli imputati – i quali avevano simulato davanti all'autorità consolare italiana l'esistenza di una gravidanza naturale, al fine di ottenere la registrazione del neonato come figlio della committente – presentava “tutti gli elementi costitutivi del delitto di false dichiarazioni a un pubblico ufficiale su qualità personali destinate ad essere recepite in atti dello stato civile, contemplato dall'art. 495 cpv. n.1”.²²⁴ In altri termini, il Tribunale ha affermato a chiare lettere che fingere la propria maternità dinanzi all'ufficiale consolare è falsità punibile ai sensi dell'art. 495, comma 2, n. 1 c.p., trattandosi di dichiarazione mendace sull'identità/qualità personale (lo *status* di madre) resa a un pubblico ufficiale e destinata a produrre effetti in un atto di stato civile (l'atto di nascita italiano). Tuttavia – e qui sta il punto risolutivo – il Collegio ha dichiarato il reato improcedibile per difetto di condizioni di procedibilità. Richiamando l'art. 9 c.p., esso ha rilevato che ci si trovava pur sempre di fronte a un reato comune commesso all'estero da cittadini italiani: in simili casi la legge italiana esige, per procedere, la richiesta del Ministro della Giustizia quando la pena minima edittale sia inferiore a 3 anni (come nel caso dell'art. 495 c.p., che ha minimo 1 anno). Nel giudizio in esame tale richiesta ministeriale non era intervenuta, per cui l'azione penale non poteva essere proseguita. Di conseguenza, il Tribunale ha pronunciato sentenza di non doversi procedere. In aggiunta, quasi *obiter dictum*, la sentenza milanese ha escluso che nel caso concreto vi fosse contrasto con l'ordine pubblico internazionale o interno: ha osservato che la trascrizione in Italia dell'atto di nascita formatosi all'estero non violava i principi fondamentali, considerato da un lato che la surrogazione è pratica consentita in molti Paesi e rientra nell'ambito di

²²² Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, pp. 2 e 3

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ Cfr., T. Trinchera, *Alterazione di stato e maternità surrogata all'estero: una pronuncia assolutoria del Tribunale di Milano*, in *Diritto Penale. Contemporaneo*, ISSN 2039-1676, 2014, p.2

esercizio di diritti riconosciuti²²⁵, dall'altro che lo stesso ordinamento italiano, ad esempio nella fecondazione eterologa, valorizza il principio di responsabilità procreativa indipendentemente dal legame genetico. Questa notazione evidenzia una sensibilità dei giudici di merito verso l'esigenza di non stigmatizzare penalmente situazioni in cui – ferma restando la formale violazione di norme interne – ricorrono elementi transnazionali e istanze di tutela della prole che consigliano una risposta giuridica differente (come l'adozione in casi particolari, consentita al genitore d'intenzione, piuttosto che la sanzione penale).

In conclusione, l'esperienza giurisprudenziale sin qui maturata dimostra un atteggiamento prudente nell'applicazione dell'art. 495 c.p. ai casi di maternità surrogata. In astratto, la norma sulla falsa dichiarazione al pubblico ufficiale – specie nella sua forma aggravata relativa agli atti di stato civile – sarebbe uno strumento punitivo idoneo a colpire chi, per nascondere una surrogazione di maternità, renda false informazioni sulla filiazione. E difatti vi sono stati tentativi di utilizzare tale fattispecie (in concorso con l'art. 567 c.p. e con l'art. 12 L. 40/2004) per perseguire penalmente le coppie committenti. Tuttavia, nessuna condanna definitiva per falso ideologico *ex art. 495 c.p.* risulta, ad oggi, essere stata inflitta in tali contesti. Anzi, autorevole dottrina ha osservato che “l'esame delle diverse fattispecie di reato che possono essere astrattamente ipotizzate in questo caso — dal reato previsto dall'art. 12 co. 6 legge 40/2004... al delitto di alterazione di stato (art. 567 co. 2 c.p.) o di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali (art. 495 co. 2 n. 1 c.p.) — porta a concludere che nessuna di esse può essere applicata quando la maternità surrogata si è svolta in uno Stato estero che non pone alcun divieto di ricorrere a tale pratica”. In linea con questa conclusione, le pronunce più recenti²²⁶ hanno di fatto negato la punibilità delle false dichiarazioni connesse alla surrogazione di maternità all'estero, sia facendo leva sull'assenza di offensività concreta o di dolo specifico, sia – più solidamente – applicando i principi di territorialità e doppia incriminazione previsti dal diritto penale italiano. Resta inteso che, qualora analoghe condotte di falso dovessero verificarsi integralmente sul territorio nazionale (ad esempio una surrogazione clandestina con successiva falsa dichiarazione di nascita in Italia), troverebbero piena applicazione le norme incriminatrici interne: in tal caso l'art. 495 c.p., comma 2, n. 1, opererebbe in concorso (apparente o reale) con l'eventuale alterazione di stato *ex art. 567 c.p.*, garantendo una risposta sanzionatoria rigorosa verso chi altera la verità dello *status* di filiazione. La scelta sistematica attuale del

²²⁵ v. art. 8 CEDU in materia di vita familiare

²²⁶ A tal proposito si vedano: Cass. pen. nn. 13525/2016 e 48696/2016; Trib. Milano, Sez. V pen., 15 ottobre 2013

legislatore, dunque, pur proibendo la maternità surrogata, delega (*de facto*) alla sfera civile e amministrativa la risoluzione delle situazioni create all'estero, riservando la sanzione penale ai soli comportamenti fraudolenti consumati sotto la giurisdizione italiana. Questo equilibrio, oggetto di continui dibattiti etici e giuridici, potrebbe evolvere in futuro anche tramite interventi normativi *ad hoc*, ma allo stato attuale segna il confine applicativo dell'art. 495 c.p. nei casi di surrogazione di maternità.

§ 2.3. Profili extra-penal: il riconoscimento dello *status filiationis* (l'adozione in casi particolari)

L'ordinamento italiano, a fronte del divieto penalmente sanzionato di ricorrere alla maternità surrogata (art. 12, co. 6, L. 40/2004), ha individuato nell'adozione in casi particolari lo strumento giuridico per attribuire comunque rilievo al legame genitoriale di fatto con il genitore d'intenzione.²²⁷ L'adozione in casi particolari, disciplinata dall'art. 44, co. 1, L. 184/1983, costituisce infatti una forma di adozione mitigata, ammessa in via residuale e in deroga alle condizioni dell'adozione piena, qualora non ricorrano i presupposti per quest'ultima. In tali ipotesi tassative – tra cui quella di cui alla lett. d) dell'art. 44, co. 1, L. 184/1983, ossia la “constatata impossibilità di affidamento preadottivo” – è consentita l'adozione anche in assenza di dichiarazione di adottabilità, dunque senza che vi sia uno stato di abbandono del minore e persino ad opera di soggetti non coniugati. Proprio la lettera d) dell'art. 44 è stata interpretata evolutivamente dalla giurisprudenza per ricomprendere situazioni in cui l'impossibilità di un affidamento preadottivo è di natura giuridica e non fattuale. Ciò ricorre tipicamente nel caso del bambino nato all'estero da surrogazione di maternità e già accolto presso il suo genitore biologico e il partner di quest'ultimo: il minore non si trova in stato di abbandono, ma al contempo l'ordinamento non consente l'adozione legittimante né la trascrizione integrale dell'atto di nascita formato all'estero, rendendo di diritto impraticabile l'affidamento preadottivo necessario per l'adozione ordinaria. In simili circostanze, l'adozione ex art. 44, co. 1, lett. d) della legge sulle adozioni rappresenta l'unico mezzo per riconoscere al minore lo status di figlio anche rispetto al genitore d'intenzione, senza con ciò legittimare la pratica elusiva posta in essere all'estero. Come autorevolmente osservato, tale soluzione mira a salvaguardare simultaneamente i valori fondamentali violati dalla surrogazione (dignità della gestante, principi di

²²⁷ Si veda, in tal senso, la sentenza n. 12193/2019 Cass., SS.UU.

ordine pubblico in materia di stato delle persone e di adozione) e il superiore interesse del minore a vedersi riconosciuto il rapporto di filiazione già consolidatosi sul piano affettivo.²²⁸

L'adozione in casi particolari permette infatti di attribuire rilevanza giuridica al legame genitoriale di fatto, perseguendo in via indiretta lo stesso risultato sostanziale della trascrizione dell'atto di nascita estero – ossia il riconoscimento di un rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione – ma senza confliggere con l'ordine pubblico internazionale. Inoltre, a differenza di un riconoscimento anagrafico fraudolento²²⁹ l'adozione assicura che l'attribuzione dello status avvenga tramite un provvedimento giudiziario conforme alle regole e ai controlli previsti dall'ordinamento. Si tratta dunque di una soluzione mediata, che bilancia l'esigenza di non favorire pratiche proibite con quella di non pregiudicare i diritti dei bambini già nati – bilanciamento ritenuto corretto dalla stessa Corte Costituzionale.²³⁰

La legittimità di questo percorso ricostruttivo è stata confermata a più riprese dalla giurisprudenza. Una pietra miliare è rappresentata dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione. In tale pronuncia – relativa al caso di un bambino nato da gestazione per altri in Canada da una coppia di uomini uniti civilmente – la Cassazione ha negato la contrarietà ai principi supremi dell'ordine pubblico internazionale del rifiuto di trascrivere in Italia l'atto di nascita con due padri, ritenendo prevalente il limite derivante dal divieto penale di surrogazione di maternità. La Corte ha evidenziato che la norma incriminatrice di cui all'art. 12, co. 6, L. 40/2004 è posta a presidio di valori considerati fondamentali dal nostro ordinamento, tutela la dignità della donna e le relazioni umane dalla mercificazione procreativa ed evita che si eluda la disciplina sulle adozioni. Di conseguenza, la volontà procreativa in violazione di legge non può di per sé fondare un immediato riconoscimento legale della doppia genitorialità. Tuttavia, la stessa Cassazione ha contestualmente affermato il diritto del minore a conservare lo *status* di filiazione già acquisito all'estero nei confronti del genitore d'intenzione, purché attraverso strumenti alternativi alla trascrizione diretta. Viene indicata espressamente la via dell'adozione in casi particolari, richiamata

²²⁸ Cfr., G. Giaimo, *La gestazione per altri: persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, 698-759

²²⁹ che potrebbe configurare il grave reato di alterazione di stato ex art. 567, co. 2, c.p., in quanto il neonato verrebbe falsamente dichiarato figlio della donna che non lo ha partorito, in violazione dell'art. 269 c.c.. In tal senso, si veda, T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, p.1419.

²³⁰ In tal senso, si veda la sent. Corte Costituzionale n.33/2021

quale mezzo idoneo a realizzare il medesimo scopo sostanziale garantendo al contempo il rispetto dell'ordine pubblico.²³¹ In altri termini, le Sezioni Unite del 2019, pur chiudendo alla trascrizione integrale dell'atto di nascita formato all'estero, aprono alla possibilità per il partner non biologico di adottare il minore *ex art. 44, co. 1, lett. d)*, riconoscendone così a tutti gli effetti il legame genitoriale sul piano giuridico. La condizione dell'“impossibilità dell'affidamento preadottivo” richiesta dalla legge per tale tipo di adozione risulta infatti senz'altro soddisfatta, trattandosi – come spiegato – di un'impossibilità a priori derivante dal quadro normativo²³². Parte della dottrina ha accolto favorevolmente questa soluzione, ritenendola un ragionevole accomodamento tra l'esigenza di dissuadere il ricorso alla surrogazione e quella di tutelare il minore già nato, in linea con gli orientamenti affermatasi a livello europeo. Si è osservato, infatti, che la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur lasciando agli Stati la libertà di vietare la maternità surrogata, esige comunque che il divieto non pregiudichi irreparabilmente i diritti dei bambini, imponendo di garantire il riconoscimento legale del rapporto di filiazione quantomeno con il genitore biologico e, secondo la più recente giurisprudenza, anche con il genitore d'intenzione. L'adozione in casi particolari si presenta dunque – per usare le parole della Cassazione – come uno strumento “alternativo” che consente di attribuire veste giuridica al rapporto affettivo e di cura già esistente, ottemperando così agli obblighi di protezione derivanti dall'art. 8 CEDU senza intaccare i principi fondamentali dello Stato.²³³

Non sono mancate, peraltro, perplessità circa l'effettiva adeguatezza di tale rimedio adottivo. Sia in dottrina sia in giurisprudenza si è rilevato come, nella configurazione previgente, l'adozione in casi particolari non assicurasse al minore uno *status* pienamente equivalente a quello derivante da un'ordinaria filiazione naturale o legittimaria.²³⁴ Anzitutto, l'adottato non acquistava lo stato di figlio legittimo dell'adottante, ma manteneva uno *status* “speciale” distinto, che non comportava rapporti di parentela con i familiari dell'adottante (ad es. nonni, zii). Inoltre, l'adozione *ex art. 44* richiedeva il consenso del genitore biologico (sempre revocabile prima della definizione del procedimento) e doveva essere attivata dall'iniziativa del genitore d'intenzione, delineandosi quindi come una tutela non automatica e potenzialmente ostacolabile. Infine, il procedimento giudiziario

²³¹ *Infra*, G. Giaimo, *La gestazione per altri: persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, 698-759

²³² Si noti che il minore non è dichiarabile in stato di abbandono né inseribile in un diverso nucleo familiare.

²³³ Cit. Sentenza n. 12193/2019 Cass., SS.UU.

²³⁴ Cfr., G. Giaimo, *Op. Cit.*

per l'adozione poteva rivelarsi lungo e complesso, contrastando con l'esigenza di tempestività evidenziata dalla Corte EDU ai fini di una piena tutela dello status del minore. Tali profili critici sono emersi in particolare nell'ordinanza interlocutoria della Cassazione n. 8325/2020, con cui la Prima Sezione civile²³⁵ – investita di un caso analogo a quello deciso nel 2019 – ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'idoneità dell'adozione in casi particolari a soddisfare i requisiti di effettività e celerità indicati dalla giurisprudenza di Strasburgo. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 33/2021, ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate, ritenendo che l'equilibrio raggiunto dalla Cassazione tra la tutela del minore e la necessità di non vanificare il divieto penalmente sancito di surrogazione fosse, allo stato, costituzionalmente tollerabile. Pur riconoscendo le criticità dell'adozione in casi particolari allora vigente (in particolare la mancanza di uno status pieno e i possibili ostacoli procedurali), la Consulta ha scelto di non intervenire direttamente, rimettendo al legislatore l'individuazione di soluzioni più adeguate. Tale pronuncia ha assunto la forma della sentenza-monito, evidenziando la necessità di riforme legislative ma, di fatto, mantenendo inalterato l'assetto normativo vigente.

All'indomani di questa decisione, due sviluppi hanno contribuito a ridefinire il quadro applicativo dell'adozione in casi particolari, scongiurando in parte i timori di ineffettività. Da un lato, la Corte costituzionale è nuovamente intervenuta sulla disciplina²³⁶, accogliendo proprio uno dei rilievi critici sopra menzionati: è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 L. 184/1983 nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, co. 2, c.c., escludeva che dall'adozione in casi particolari nascessero rapporti civili tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Eliminando tale preclusione, la Consulta ha di fatto equiparato gli effetti dell'adozione ex art. 44 a quelli dell'adozione legittimante ordinaria, garantendo al minore adottato uno status filiatizio pieno nei confronti del genitore sociale e l'instaurazione di rapporti di parentela anche con i familiari di quest'ultimo. Dall'altro lato, sono nuovamente intervenute le Sezioni Unite della Cassazione²³⁷, investite nuovamente della questione dopo la pronuncia costituzionale del 2021. Nella sentenza del 2022, la Suprema Corte ha preso atto del mutato quadro normativo e, attraverso una lettura costituzionalmente orientata, ha risolto anche l'ulteriore nodo del consenso del genitore biologico: si è affermato che l'eventuale dissenso di quest'ultimo all'adozione non può spiegare effetto ove sia espressione di una volontà meramente egoistica e contraria al preminente interesse del minore. Vengono così rimossi i principali

²³⁵ Ord. Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, in DeJure

²³⁶ Corte Cost., sent. n. 79/2022

²³⁷ Corte di Cassazione, SS.UU. Civili, sent. n. 38162/2022

impedimenti pratici alla piena realizzazione dello status di figlio del genitore d'intenzione attraverso lo strumento adottivo. Le Sezioni Unite del 2022, nel confermare la qualificazione della maternità surrogata come grave violazione di ordine pubblico, ribadiscono in definitiva la non trascrivibilità automatica in Italia di atti di nascita esteri con due genitori d'intenzione, ma al contempo sanciscono in modo ancor più netto la percorribilità e sufficienza dell'adozione in casi particolari quale soluzione per tutelare i diritti del minore. Tale esito viene presentato come coerente con le indicazioni della Corte EDU, la quale – pur lasciando agli Stati un margine di discrezionalità sugli strumenti – richiede che sia garantito al bambino nato da surrogazione il riconoscimento giuridico del legame genitoriale con entrambi i membri della coppia di intenzione. In conclusione, grazie a questa evoluzione giurisprudenziale e normativa, l'adozione in casi particolari *ex art. 44, co. 1, lett. d)* L. 184/1983 si è ormai cristallizzata quale mezzo attraverso cui l'ordinamento italiano riconosce lo *status* di figlio anche nei confronti del genitore d'intenzione, assicurando al minore nato da maternità surrogata all'estero una tutela sostanzialmente equivalente a quella degli altri bambini in tema di filiazione. Questo approdo, sebbene considerato da taluni un rimedio imperfetto o surrogato, rappresenta allo stato attuale il punto di equilibrio tra istanze di ordine pubblico e interesse superiore del minore, in attesa di un eventuale intervento legislativo organico sulla materia.

§ 3. Giurisprudenza nazionale

La giurisprudenza nazionale ha assunto un ruolo centrale nell'elaborazione e nell'interpretazione della disciplina relativa alla maternità surrogata, contribuendo in maniera significativa a colmare le lacune normative, a chiarire i confini applicativi della legge n. 40 del 2004 e, presto, sarà tenuta a misurarsi con le novità introdotte dalla legge n. 169 del 2024. La complessità del fenomeno della gestazione per altri, e le sue ricadute sul piano dello *status filiationis*, del diritto penale e della tutela del minore, hanno sollecitato un'attenta riflessione da parte dei giudici, chiamati ad affrontare questioni di forte impatto etico, sociale e costituzionale.

In questo contesto, la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha offerto contributi essenziali per definire, da un lato, la portata del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità (art. 12, comma 6, l. n. 40/2004) e, dall'altro, per individuare i limiti entro cui può trovare spazio il riconoscimento giuridico delle relazioni familiari che emergono dalla GPA, specie quando praticata

all'estero. Le sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione hanno in particolare evidenziato la necessità di bilanciare il principio di ordine pubblico, a tutela della dignità della donna, con il superiore interesse del minore alla continuità affettiva e giuridica del proprio legame familiare.

Nei paragrafi che seguono si esamineranno le decisioni più rilevanti in materia, con attenzione specifica alle pronunce della Corte Costituzionale (§ 3.1) e della Corte di Cassazione (§ 3.2), ponendo in evidenza l'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale e le ricadute sistematiche sulla disciplina della GPA e sul riconoscimento dei diritti fondamentali coinvolti.

§ 3.1. Corte Costituzionale: sentenze n. 272/2017 e n. 33/2021. Il concetto di dignità e il riconoscimento dello *status filiationis*.

Come visto nei paragrafi precedenti, l'ordinamento italiano vieta in modo assoluto la pratica della maternità surrogata. Tale divieto, secondo la giurisprudenza, è espressione di un principio di ordine pubblico a tutela di valori fondamentali, in *primis* la dignità della gestante e del nascituro.²³⁸ La tensione tra questo divieto assoluto – ritenuto “costituzionalmente necessitato” – e il bisogno di tutelare il preminente interesse del minore nato tramite GPA ha dato luogo a un dibattito acceso in dottrina e giurisprudenza. In particolare, si è posto il problema dello *status filiationis* dei nati all'estero da GPA e della possibilità di riconoscerne in Italia il rapporto di filiazione con i genitori d'intenzione, malgrado il ricorso a una pratica vietata. Sul punto sono intervenute anche le corti europee: la Corte EDU, ad esempio, nel Parere consultivo del 10 aprile 2019, ha affermato che l'art. 8 CEDU impone agli Stati di prevedere una possibilità di riconoscere il legame tra il bambino nato da surrogazione e il cosiddetto genitore intenzionale; tuttavia, tale riconoscimento non deve necessariamente avvenire tramite la trascrizione automatica dell'atto di nascita estero, potendo gli Stati individuare soluzioni alternative purché effettive e rispettose del superiore interesse del minore.²³⁹ In questo contesto multiforme, la giurisprudenza italiana ha ricercato un equilibrio (“terza via”) tra la salvaguardia dei principi fondamentali violati dalla GPA e la protezione dei diritti

²³⁸ Si veda in tal senso, M. R. Donnarumma, *The best interest of the child e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili*, in «Diritto Penale e Uomo (DPU)», 25 marzo 2021

²³⁹ Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p.3

dei bambini nati attraverso tale pratica.²⁴⁰ Prima dell'intervento della Corte costituzionale, tale punto di equilibrio era stato delineato dalla Corte di Cassazione – segnatamente dalle Sezioni Unite nel 2019 – nel senso di escludere il riconoscimento diretto della genitorialità d'intenzione, ma ammettere forme di tutela indiretta del minore (principalmente tramite l'adozione in casi particolari) da valutarsi caso per caso. Su queste premesse si innestano le due pronunce della Corte Costituzionale oggetto del presente paragrafo, che segnano momenti fondamentali nel dibattito: la sentenza n. 272 del 2017 e la sentenza n. 33 del 2021, emanate a distanza di pochi anni ma in un quadro giurisprudenziale evoluto.

La prima decisione che occorre analizzare è la n. 272 del 2017. Essa riguardava il caso di una coppia italiana eterosessuale, regolarmente coniugata, che – a causa dell'impossibilità della moglie di portare avanti una gravidanza o anche solo di produrre ovociti – si era recata all'estero per ricorrere alla surrogazione di maternità con ovodonazione. Da tale pratica era nato un bambino, e al rientro in Italia la coppia aveva provveduto a trascriverne l'atto di nascita straniero, nel quale entrambi risultavano come genitori. In particolare, la madre d'intenzione aveva effettuato un riconoscimento del figlio nato all'estero, dichiarandolo come figlio proprio. Tale riconoscimento è stato però impugnato avanti all'autorità giudiziaria ai sensi degli artt. 263 e 264 c.c., per difetto di veridicità, sostenendo che la donna non era in realtà la madre naturale (non avendo né partorito né contribuito geneticamente alla nascita).²⁴¹ Il Tribunale di Milano diede ragione ai ricorrenti, annullando il riconoscimento della madre intenzionale in quanto atto contrario al vero. La coppia propose appello e la Corte d'Appello di Milano sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c., nella parte in cui non consente al giudice di considerare l'interesse del minore in casi simili. In particolare, i giudici rimettenti lamentavano il contrasto di tale norma (come interpretata dalla giurisprudenza consolidata) con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost. e 117, co.1, Cost. (in relazione all'art. 8 CEDU), nella misura in cui impedisce di valutare concretamente l'interesse superiore del minore a conservare lo status di figlio pur se derivante da un atto di riconoscimento non veritiero. Secondo il giudice di seconde cure, l'impugnativa di riconoscimento del minore nato

²⁴⁰ *Infra*, G. Barcellona, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 2, 2021, p.116

²⁴¹ Cfr., G. Barcellona, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2018, pp. 1 e ss.

da GPA dovrebbe essere accolta solo se e quando ciò risponda all'interesse del minore stesso, e non in automatico per il solo fatto della non veridicità biologica.²⁴²

Di fronte a questa questione delicata – che metteva in contrapposizione il principio della verità della filiazione con il *favor minoris* – la Corte costituzionale scelse una soluzione interpretativa di rigetto temperato. Nella sentenza n. 272/2017, infatti, la Corte dichiarò non fondata la questione di illegittimità dell'art. 263 c.c., ma al contempo riallineò l'interpretazione della norma ai principi costituzionali, affermando che spetta comunque al giudice operare “un giudizio comparativo tra gli interessi” in gioco: da un lato l'interesse pubblico alla verità dello *status*, dall'altro le conseguenze di tale accertamento sulla posizione giuridica e sul benessere del minore. In altre parole, pur non introducendo espressamente un filtro dell'interesse del minore nell'art. 263 c.c., la Corte ha chiarito che il giudice chiamato a decidere su un'impugnazione di riconoscimento per difetto di veridicità deve valutare tutte le circostanze del caso concreto – ivi incluse la durata e la stabilità del rapporto instauratosi tra il minore e il genitore d'intenzione, nonché le modalità stesse del concepimento – prima di assumere una decisione.²⁴³ Tale impostazione evita che la decadenza dello *status filiationis* avvenga in modo del tutto avulso dall'interesse del bambino, temperando così l'automatismo che la lettera del codice pareva imporre.

Tuttavia, il messaggio di fondo del giudice delle leggi, resta fortemente ancorato alla tutela dei principi violati dalla surrogazione. Nella motivazione la Corte spende dense parole circa il disvalore di tale pratica, affermando che la maternità surrogata “mina nel profondo le relazioni umane” e rappresenta una forma intollerabile di riduzione della persona a strumento per i bisogni altrui. Secondo la Consulta, ciò non può essere superato invocando “puramente e semplicemente” il superiore interesse del minore. In tal senso, la pronuncia del 2017 sottolinea come neppure il *best interest* del minore possa legittimare un aggiramento di principi fondamentali quali la veridicità dello *status filiationis*, la legalità e il rispetto della dignità umana. La Corte richiama dunque un bilanciamento rigoroso: da un lato la necessità di prendere atto della verità biologica (imprescindibile alla luce del divieto penale vigente di maternità surrogata), dall'altro l'esigenza di tutelare il minore dalle conseguenze potenzialmente pregiudizievoli dell'eliminazione di un legame

²⁴² Cfr., E. Frontoni, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 2, 2021, Osservatorio sulla Corte costituzionale, pp. 3 e ss.

²⁴³ *Infra*, E. Frontoni, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 2, 2021, Osservatorio sulla Corte costituzionale, pp. 3 e ss.

genitoriale sociale. In concreto, il risultato dell'intervento della Corte nel 2017 è stato quello di confermare l'impossibilità di attribuire direttamente uno *status* genitoriale al genitore d'intenzione quando manchi il legame biologico e vi sia stata violazione del divieto di surrogazione.²⁴⁴ Al contempo, però, si è rimarcato che il minore non dev'essere lasciato privo di tutela: la soluzione indicata – sebbene indirettamente e senza modificare la legge – è stata quella di fare ricorso agli strumenti offerti dall'ordinamento per salvaguardare il rapporto affettivo e di cura già instaurato. In particolare, si è fatto riferimento all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, co. 1, lett. d) della legge 4 maggio 1983, n. 184, quale mezzo residuale per assicurare al bambino una figura genitoriale legale in luogo del genitore d'intenzione escluso dallo *status*.²⁴⁵ Pur non essendo equiparabile a una filiazione piena, l'adozione c.d. “mite” (ossia non legittimante) è apparsa alla Corte uno strumento idoneo, quantomeno, a garantire al minore un legame giuridico con chi se ne prende cura, senza però intaccare il principio di legalità violato dalla surrogata. La sentenza n. 272/2017 avrebbe dunque ribadito il rigore del divieto penale di GPA e del correlato principio di verità nella filiazione, ma ha anche aperto alla necessità di valutazioni in concreto nell'interesse del minore, demandando al giudice di bilanciare caso per caso tali valori.²⁴⁶ Questa pronuncia, molto commentata in dottrina, è stata interpretata da alcuni come un tentativo di evitare che “le colpe dei padri [e delle madri] ricadano sui figli”, ossia che il minore sia doppiamente penalizzato (privo di un genitore legale) a causa di una condotta vietata compiuta dagli adulti.²⁴⁷ Allo stesso tempo, il giudizio della Corte è apparso fermo nel non voler legittimare *de facto* la surrogazione: il mantenimento dello *status filiationis* “non veritiero” è stato ritenuto incompatibile con l'ordine pubblico, e l'unica via per ricostituire il rapporto genitoriale perso è stata indicata nell'adozione in casi particolari. Questo equilibrio, tracciato nel 2017, ha costituito il “diritto vivente” italiano in materia nei successivi anni,²⁴⁸ fino alla successiva evoluzione del 2021.

²⁴⁴ Cfr., M. Sesta, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2023, p. 387 e ss.

²⁴⁵ Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p.3

²⁴⁶ *Infra*, E. Frontoni, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2021, Osservatorio sulla Corte costituzionale, pp. 3 e ss.

²⁴⁷ Cfr., G. Barcellona, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2018

²⁴⁸ *Infra*, G. Barcellona, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in «*Forum di Quaderni Costituzionali*», 2, 2021, p.2 e ss.

La pronuncia n. 33/2021 (depositata il 9 marzo 2021), si colloca in un panorama nel frattempo arricchito da nuovi interventi giurisprudenziali interni e internazionali. Da un lato, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite (sent. 12193/2019) aveva preso posizione in linea con i principi affermati nel 2017: in un caso analogo di trascrizione di atto di nascita estero, le Sezioni Unite avevano infatti ribadito che il divieto di maternità surrogata costituisce espressione di un principio di ordine pubblico a tutela della dignità della donna e dell'ordine legale, costituendo un "ostacolo insormontabile" al riconoscimento in Italia della genitorialità del genitore d'intenzione non biologico.²⁴⁹ Al contempo, però, il giudice di ultime cure aveva indicato nell'adozione in casi particolari la soluzione per garantire, in concreto, i diritti del minore senza comprimere il disvalore della surrogazione. Dall'altro lato, come accennato, la Corte EDU (Grande Camera) si era espressa con il parere del 2019, indicando come legittimo un approccio basato sull'adozione purché essa assicurasse in tempi rapidi al minore uno status giuridico con il genitore d'intenzione equivalente a quello di figlio.²⁵⁰ Proprio alla luce di questi sviluppi, la Corte d'Appello di Trento – investita di un caso riguardante una coppia omogenitoriale – ha sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale, offrendo alla Consulta l'occasione per tornare sul tema, questa volta in maniera ancor più ampia.²⁵¹

La vicenda oggetto della sentenza 33/2021 concerneva un bambino nato nel 2015 in Canada mediante maternità surrogata, nell'ambito di un progetto genitoriale di due cittadini italiani di sesso maschile, uniti civilmente (matrimonio celebrato in Canada e trascritto in Italia come unione civile). In Canada, inizialmente l'atto di nascita del bambino riportava un solo padre biologico; successivamente un provvedimento giudiziario locale aveva riconosciuto anche il *partner* come genitore, attribuendo al minore lo *status* di figlio di due padri. Tornati in Italia, i due uomini hanno chiesto il riconoscimento (o la trascrizione) di tale atto giudiziario estero, scontrandosi però con il rifiuto dell'ufficiale di stato civile in applicazione del limite dell'ordine pubblico internazionale

²⁴⁹ Cfr., M. R. Donnarumma, *The best interest of the child e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili*, in «Diritto Penale e Uomo (DPU)», 25 marzo 2021, pp. 5 e ss.

²⁵⁰ *Infra*, Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura, p.3

²⁵¹ *Infra*, G. Barcellona, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 2, 2021, p. 2 e ss.

(posto dall'art. 18 D.P.R. 396/2000 e dall'art. 64, co.1, lett. g, L. 218/1995).²⁵² In altre parole, poiché la condizione di due padri legali per lo stesso bambino contrastava con principi fondamentali dell'ordinamento italiano (essendo frutto di una surrogazione di maternità vietata), l'atto straniero non poteva essere recepito. La Prima Sezione civile della Cassazione, investita del ricorso, ha ritenuto però che tale esito sollevasse dubbi di costituzionalità, data la possibile lesione dei diritti del minore. Con ordinanza n. 8325/2020, la Cassazione ha quindi rimesso la questione alla Corte costituzionale, censurando un insieme di disposizioni – il citato art. 18 D.P.R. 396/2000, l'art. 64, co.1, lett. g) L. 218/1995, nonché l'art. 12, co.6, L. 40/2004 – “nella misura in cui” essi impediscono in via generale, e senza alcuna valutazione concreta dell'interesse del minore, il riconoscimento in Italia del provvedimento straniero che attesta la filiazione anche dal genitore intenzionale.²⁵³ Si tratta, in sostanza, del medesimo conflitto già emerso nel 2017, ma esteso al contesto dell'atto estero di filiazione e aggravato dal fatto che in quel caso il minore, se non riconosciuto figlio di entrambi gli uomini, sarebbe risultato avere un solo genitore legale (il padre biologico). La Corte costituzionale era quindi chiamata a valutare se l'assetto normativo vigente – così come consolidato dalla giurisprudenza di legittimità – fosse compatibile con i parametri costituzionali (artt. 2, 3, 30, 31 Cost.) e con gli obblighi internazionali (art. 117 Cost. in relazione all'art. 8 CEDU) relativi alla protezione dell'infanzia e alla vita privata e familiare del minore.²⁵⁴

Nella sentenza n. 33/2021, la Corte costituzionale ha adottato una soluzione in parte diversa da quella del 2017, pur muovendosi in continuità coi principi affermati allora. Formalmente, la Consulta ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità sollevate, evitando dunque un intervento manipolativo diretto sulle norme impugnate. Tuttavia, le motivazioni della sentenza assumono un tono fortemente critico verso lo stato di diritto vigente, al punto che diversi commentatori l'hanno definita una sorta di incostituzionalità “accertata ma non dichiarata”.²⁵⁵ La

²⁵² Secondo quanto previsto dall'art. 64, co. 1, lett. g), della legge 31 maggio 1995, n. 218, il riconoscimento di provvedimenti stranieri deve essere negato se essi risultano incompatibili con l'ordine pubblico interno. Parallelamente, l'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 stabilisce che non possono essere trascritti nei registri dello stato civile italiani quegli atti provenienti dall'estero che risultino in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento.

²⁵³ cit. ordinanza della Corte di Cassazione., I sez. civ., 99 del 29 Aprile 2019

²⁵⁴ G. Barcellona, Op. Cit.

²⁵⁵ Cfr., E. Frontoni, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 2, 2021, Osservatorio sulla Corte costituzionale, p. 2.

Corte, dopo aver ribadito il quadro giuridico di riferimento²⁵⁶, enfatizza come l'attuale disciplina lasci un vuoto di tutela preoccupante per i bambini nati da GPA all'estero. In particolare, si osserva che la soluzione dell'adozione non legittimante in casi particolari, pur prevista dall'ordinamento, risulta impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore – come quella in esame – e comunque non conferisce allo *status* del minore una pienezza equivalente alla filiazione legittima.²⁵⁷ Nel caso specifico, ad esempio, l'adozione del figlio del *partner* avrebbe incontrato ostacoli sia temporali (lungaggini e incertezza dell'esito), sia sostanziali (l'adozione *ex art. 44 L. 184/1983* da parte di una coppia omosessuale unita civilmente era tutt'altro che scontata). La Corte riconosce dunque che l'assetto delineato dalla sua precedente giurisprudenza e dalla Cassazione – ossia nessun riconoscimento diretto, ma solo tutela mediata via adozione speciale – non è pienamente adeguato al metro dei principi costituzionali e sovranazionali vigenti in materia.²⁵⁸ Per tale ragione, la Consulta afferma l'urgente necessità di un intervento del legislatore, sia attraverso “una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento” della filiazione, sia mediante l’“introduzione di una nuova tipologia di adozione che attribuisca la pienezza dei diritti connessi alla filiazione”. In altri termini, si chiede al Parlamento di predisporre una forma di riconoscimento giuridico del legame genitoriale d'intenzione che sia effettiva e celere, capace di “mimare” gli effetti di uno *status filiationis ab origine*.²⁵⁹ L'importante, sottolinea la Corte, è che al minore sia garantito il diritto a mantenere un rapporto giuridico con chi lo ha voluto, accudito e cresciuto, assumendosene le responsabilità sin dalla nascita. Solo così si realizza concretamente il suo superiore interesse, senza per questo legittimare la pratica della surrogazione in sé.

Pur spingendo per una riforma *pro-minore*, la Corte costituzionale nel 2021 mantiene fermo il riconoscimento dei principi di fondo: infatti non dichiara incostituzionale il divieto di GPA né impone la trascrizione integrale degli atti esteri, mostrando rispetto per il ruolo del legislatore e per la sensibilità etico-sociale che permea la materia. La decisione di inammissibilità è giustificata proprio con la “prioritaria valutazione del legislatore” su scelte così delicate. Allo stesso tempo, però, il monito lanciato è chiaro e perentorio: “non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia

²⁵⁶ Il divieto di surrogazione come principio a tutela della dignità, secondo la lettura datane dalle SS.UU. del 2019.

²⁵⁷ *Infra*, M. R. Donnarumma, *The best interest of the child e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili*, in «Diritto Penale e Uomo (DPU)», 25 marzo 2021, pp. 5 e ss.

²⁵⁸ Cfr., G. Barcellona, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 2, 2021., p. 116.

²⁵⁹ M. R. Donnarumma, *Op. Cit.*

legislativa” in questo campo. La Corte, dunque, avvertirebbe che lasciare ancora a lungo i bambini nati da surrogata in una situazione di tutela incompleta (un solo genitore legale o un genitore adottivo privo di pieni diritti di parentela) sarebbe incompatibile con i principi costituzionali (artt. 2, 30 Cost. *in primis*) e con gli obblighi internazionali dell’Italia.²⁶⁰ La sentenza 33/2021, pertanto, pur senza caducare immediatamente le norme impugnate, segna un’evoluzione decisa rispetto alla precedente 272/2017: se quest’ultima si accontentava di affidare al giudice un bilanciamento caso per caso, la pronuncia del 2021 afferma che ciò non basta e che è necessaria una risposta normativa organica, pena la violazione stabile dei diritti dei minori coinvolti. La Corte, dunque, riconoscerebbe in maniera esplicita che il punto di equilibrio sinora perseguito – il rigore del divieto temperato dalla sola adozione speciale – si sia rivelato insufficiente e va riequilibrato a favore della componente del *favor minoris*.

L’analisi congiunta delle sentenze nn. 272/2017 e 33/2021 mette in luce la complessità dei valori in gioco e il tentativo della Corte costituzionale di bilanciarli in modo dinamico. Dal punto di vista penalistico, entrambe le pronunce mantengono ferma la condanna della maternità surrogata: il divieto penale sancito dalla legge 40/2004 non viene mai messo in discussione, anzi la Corte ne ribadisce la funzione di tutela di principi fondamentali (dignità umana, indisponibilità dello status come merce di scambio). La surrogazione di maternità resta un illecito che l’ordinamento non tollera e che non può essere “normalizzato” tramite riconoscimenti automatici di genitorialità. Tale fermezza risponde anche all’esigenza costituzionale di evitare forme di mercificazione della persona e di proteggere in particolare la donna da pressioni o sfruttamento collegati alla gestazione per conto altrui. In Corte cost. 272/2017 si legge chiaramente che il divieto di surrogazione è posto a salvaguardia di valori che sarebbero altrimenti compromessi “nel profondo”. Nella successiva sent. 33/2021, la Consulta riconferma questo assunto, ricordando che il divieto si fonda su un principio di ordine pubblico a tutela della dignità della madre surrogata.²⁶¹ Dunque, sul piano dei principi, nessuna legittimazione della GPA: la Corte non apre a una legalizzazione della pratica né attenua le sanzioni, rimettendo anzi al legislatore l’eventuale scelta di interventi.²⁶²

²⁶⁰ Cfr., G. Barcellona, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 2, 2021, p. 117.

²⁶¹ M. R. Donnarumma, Op. Cit.

²⁶² Che, finora, si sono anzi indirizzati verso un possibile inasprimento, con proposte di estendere le pene anche ai casi compiuti all’estero. Si veda a tal proposito, Camera dei Deputati – Servizio Studi, Modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura.

Sul piano dei valori costituzionali, però, le pronunce in esame evidenziano come il divieto penale, per quanto giustificato, produca effetti collaterali che entrano in attrito con altri diritti fondamentali. Viene in rilievo soprattutto il diritto dei minori alla propria identità personale e familiare (art. 2 Cost.), il diritto a crescere in una famiglia (art. 30 Cost., e in generale i principi costituzionali sull'infanzia) e il principio del preminente interesse del fanciullo di matrice internazionale (art. 3 Convenzione ONU sui diritti del fanciullo; art. 8 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo). La Corte costituzionale, nelle due sentenze, affronta espressamente questo nodo: da un lato valorizza l'interesse del minore – arrivando nel 2017 a “costituzionalizzare” un'interpretazione dell'art. 263 c.c. conforme al *favor minoris*²⁶³, e nel 2021 a dichiarare imprescindibile un intervento legislativo per garantire pieni diritti ai bambini nati da GPA – dall'altro lo bilancia con il rispetto di limiti che ritiene invalicabili (dignità della madre, legalità, verità dello *status*). Ne risulta un approccio graduale: inizialmente la Consulta ha cercato di mitigare gli effetti più duri del divieto sulle situazioni individuali attraverso l'interpretazione²⁶⁴, successivamente ha fatto un passo ulteriore richiamando il legislatore alle proprie responsabilità di garantire a livello generale quei diritti dei minori altrimenti sacrificati²⁶⁵. In quest'ultima pronuncia, la Corte ha anche esplicitato che l'adozione mite, così com'è, non soddisfa pienamente le esigenze costituzionali e sovranazionali: si tratta di un riconoscimento importante, perché implica che il principio di verità e il disvalore dell'atto illecito non possono più prevalere in assoluto sul diritto del bambino ad avere due genitori legali. Il messaggio costituzionale è quindi duplice: la dignità e la legalità vanno tutelate, ma non al punto da ledere in modo permanente i diritti del minore innocente. In prospettiva, ciò richiede un nuovo punto di equilibrio normativo, che spetta al Parlamento individuare.

Infine, sotto il profilo civilistico, le sentenze in oggetto hanno inciso sulla disciplina dello status filiationis e delle azioni di stato. La sentenza n. 272/2017 ha riguardato l'azione di contestazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.), stabilendo un importante principio interpretativo: il giudice, in sede di deliberazione di tali azioni, deve tenere conto dell'interesse del minore a conservare lo status già acquisito²⁶⁶, operando un bilanciamento tra la verità biologica e la tutela della continuità affettiva. Questo ha posto un freno alle possibili conseguenze traumatiche

²⁶³ cfr. Corte Cost., sent. n. 272 del 2017

²⁶⁴ Corte Cost., sent. n. 272/2017

²⁶⁵ Corte Cost., sent. n. 33/2021

²⁶⁶ E. Frontoni, Op. Cit., p.3.

della cancellazione di uno *status* di figlio, specie quando il minore ha già sviluppato legami familiari di fatto. Quanto alla sentenza n. 33/2021, essa impatta sul tema del riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di filiazione (ordine pubblico internazionale). La Corte, pur non annullando espressamente le norme che ostacolano la trascrizione di atti di nascita da GPA, ne ha evidenziato la tensione con l'art. 8 CEDU e con il principio del *best interest*, tracciando la strada di una riforma civilistica. L'indicazione chiave è quella di introdurre strumenti civilistici nuovi o riformati – ad esempio un procedimento speciale di adozione legittimante o un istituto *ad hoc* di riconoscimento del genitore intenzionale – che consentano al bambino nato da surrogata di ottenere uno *status* giuridico completo e stabile nei confronti di entrambi i genitori d'intenzione. Ciò riguarda direttamente il diritto di famiglia e di stato civile: si prospetta la necessità di modificare la legge sulle adozioni²⁶⁷ o le norme di diritto internazionale privato²⁶⁸ per armonizzarle con i richiamati principi. La Corte, dunque, solleciterebbe un aggiornamento del diritto vivente: dal modello attuale di filiazione (basato su verità genetica/parto e su adozioni “minori” in deroga) si dovrebbe passare a un modello capace di riconoscere la realtà familiare di fatto senza al contempo avallare la pratica illecita. È un compito non facile, affidato al legislatore con la consapevolezza che anche altre giurisdizioni supreme (Cassazione, Corti europee) monitoreranno l'evoluzione. Va rilevato che, dopo il forte richiamo della sentenza 33/2021, la situazione normativa nel breve periodo non è cambiata in Italia; anzi, come accennato, il dibattito politico si è inizialmente concentrato su disegni di legge punitivi²⁶⁹, mentre la riforma dello *status* del nato da GPA è rimasta inevasa. Ciò rende ancora più significativa la presa di posizione della Consulta, che di fatto ha tracciato una *roadmap* costituzionale: la tutela del superiore interesse dei minori nati da maternità surrogata deve essere integrata nel nostro ordinamento in modo chiaro, organico e rispettoso di tutti i principi in gioco.

²⁶⁷ L. n. 184/1983

²⁶⁸ L. 218/1995, DPR 396/2000

²⁶⁹ Si veda a tal proposito, la proposta A.C. 306/2022 mirante a sanzionare penalmente la surrogazione compiuta all'estero

§ 3.2. Corte di Cassazione: sentenze n. 12193/2019 e n. 38162/2022. La trascrizione degli atti di nascita e punibilità della GPA all'estero.

Nel panorama giurisprudenziale italiano, due pronunce delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione – la n. 12193 dell'8 maggio 2019 e la n. 38162 del 30 dicembre 2022 – costituiscono snodi fondamentali in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e interesse del minore. Tali decisioni, cronologicamente successive alle questioni esaminate nei paragrafi precedenti, definiscono in chiave critica il bilanciamento tra il divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità (art. 12, co. 6, L. 40/2004) e la tutela del superiore interesse del minore nato all'estero tramite tale pratica. Di seguito si analizzano i passaggi centrali delle due sentenze, evidenziandone i principi di diritto e le implicazioni giuridiche, anche alla luce dei principali commenti dottrinali allegati, mantenendo la coerenza con quanto già trattato e preparando il terreno al successivo esame dei profili sovranazionali (CEDU e UE) che seguirà nel § 4.

La prima sentenza²⁷⁰ interviene a risolvere un contrasto giurisprudenziale riguardante la trascrivibilità in Italia dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero tramite maternità surrogata in favore di una coppia omosessuale, di cui uno solo è padre biologico. La questione centrale era se il provvedimento straniero che riconosceva come genitori entrambi i componenti della coppia potesse essere accolto dall'ordinamento italiano, malgrado il divieto assoluto di surrogazione di maternità sancito dall'art. 12, co. 6, L. 40/2004. In sostanza, la Cassazione era tenuta a bilanciare il principio di ordine pubblico internazionale – che impedirebbe il riconoscimento di situazioni contrarie a fondamentali valori italiani – con il diritto del minore a veder riconosciuti i legami genitoriali già validamente costituiti all'estero. Le Sezioni Unite del 2019, con una decisione molto articolata, negano la trascrizione integrale dell'atto estero, ritenendo che essa collida contro un limite inderogabile di ordine pubblico. In particolare, la Corte qualifica il divieto di surrogazione come principio di ordine pubblico internazionale, idoneo ai sensi dell'art. 65 L. 218/1995 a giustificare il rifiuto di riconoscere in Italia provvedimenti stranieri contrastanti. Viene sottolineato che l'art. 12, co. 6, L. 40/2004 – che vieta e sanziona penalmente la maternità surrogata – è posto a presidio di valori fondamentali per il nostro ordinamento, sanzionando una condotta considerata pregiudizievole per la dignità della donna, per le relazioni umane e per l'istituto dell'adozione. La

²⁷⁰ Cass. civ. Sez. Un. 12193/2019

Corte richiama anche il precedente orientamento della stessa Cassazione (I Sez. 24001/2014) ribadendo che la pratica in esame “lesiva della dignità della donna” deve ritenersi incompatibile coi principi fondamentali (principio, come si è visto, già affermato dalla Corte Costituzionale)²⁷¹. Proprio sul concetto di dignità la sentenza spende non poche parole ma allo stesso tempo generiche: la surrogazione viene ritenuta lesiva in *re ipsa* della dignità femminile, al di là del consenso eventualmente prestato dalla gestante, senza però fornire una definizione puntuale di tale principio. Ciò è stato notato criticamente da parte della dottrina: è stata osservata la necessità di maggior approfondimento sul perché e in che misura il ricorso alla *surrogacy* offenda la dignità, concetto dai contorni non univoci. Ad ogni modo, la Corte del 2019 assume una posizione di totale chiusura verso la legittimazione di rapporti di filiazione originati da surrogazione: il contratto di maternità surrogata è radicalmente contrario all’ordine pubblico e non può produrre effetti diretti nel nostro ordinamento.²⁷²

Pur negando la trascrizione, le Sezioni Unite mostrano di tenere in considerazione il diritto del minore: la sentenza afferma infatti che il bambino ha diritto a conservare uno *status filiationis* già acquisito all’estero in modo legittimo. Per realizzare tale interesse senza però intaccare i principi di ordine pubblico, la Corte individua come soluzione la “adozione in casi particolari” prevista dall’art. 44, co. 1, lett. d), L. 184/1983. In altre parole, viene aperta al genitore d’intenzione la possibilità di instaurare un rapporto giuridico con il minore attraverso l’adozione mite (*stepchild adoption*), strumento che – pur non equiparando pienamente la filiazione biologica – è in grado di conferire al minore uno stato legittimo di figlio anche rispetto al *partner* del genitore biologico. Le SU accolgono così solo parzialmente le istanze dei ricorrenti: decreto canadese non trascrivibile, ma via dell’adozione aperta per tutelare comunque il minore. In termini di principio di diritto, la pronuncia del 2019 ha quindi stabilito che è contrario all’ordine pubblico internazionale il riconoscimento del rapporto di filiazione tra un minore nato da maternità surrogata all’estero e il genitore intenzionale, fermo restando che il legame con quest’ultimo può essere perseguito tramite l’adozione in casi particolari, quale soluzione eccezionale volta a garantire i diritti del minore.²⁷³

²⁷¹ Cfr., G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in «GenIUS», online first, destinato a GenIUS 1/2020., p. 1 e ss

²⁷² Cfr., P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.353-367.

²⁷³ Cfr., P. M. Sabella, *Op. Cit.*

La sentenza n. 12193/2019 ha fatto il punto su una materia eticamente sensibile e giuridicamente complessa, segnando un equilibrio (non privo di critiche) tra il rispetto dell'ordine pubblico – in particolare la tutela della dignità della donna e l'impedimento di forme elusive dell'adozione – e la protezione dell'interesse del minore nato mediante surrogazione. Parte della dottrina ha condiviso l'impostazione rigorosa della Corte sul piano dei valori, esprimendo piena adesione alla scelta di principio delle SU, che condannano la surrogazione come praticata contraria alla dignità umana, pur evidenziando la mancata definizione di tale concetto e richiamando la necessità di una riflessione più approfondita su cosa costituisca lesione della dignità in questo contesto.²⁷⁴ Altri commentatori si sono concentrati sulle conseguenze pratiche per il minore, rilevando che l'adozione *ex art. 44*, sebbene rappresenti una forma di tutela, non garantisce una genitorialità “piena” all'adottante.²⁷⁵ Tale adozione “mite”, infatti, non crea vincoli di parentela tra il bambino e i parenti del genitore adottivo, e soprattutto richiede il consenso del genitore biologico (nel caso di specie, il padre genetico).²⁷⁶ Ciò significherebbe che in ipotesi di conflitto futuro tra i *partner* (ad es. separazione della coppia), l'adottante potrebbe trovarsi privo di tutela se il genitore biologico negasse il consenso all'adozione, lasciando il minore privo di un secondo genitore legale – un rischio evidenziato dalla stessa Corte costituzionale. La Corte Costituzionale, investita della questione dalla I Sezione civile della Cassazione dopo la sentenza del 2019, ha infatti rilevato “una situazione di insufficiente tutela del preminente interesse del minore” nel fare affidamento esclusivamente sull'adozione in casi particolari, ritenuta “non del tutto adeguata ai principi costituzionali e sovranazionali”. In particolare, con la sentenza n. 33/2021, la Consulta ha osservato che l'adozione *ex art. 44*, co. 1, lett. d) “non determina un rapporto di filiazione pieno” e presenta il limite dell'assenso dell'altro genitore, giudicando tale rimedio solo parzialmente soddisfacente. Nella stessa pronuncia la Corte costituzionale – pur dichiarando inammissibile, per ragioni procedurali, la questione di legittimità costituzionale – ha lanciato un monito al legislatore, invitandolo con forza a disciplinare in modo più adeguato la materia per garantire una tutela piena dell'interesse del bambino. Tale intervento, insieme al perdurare di nuovi casi concreti, ha posto le premesse per un riesame della questione da parte delle Sezioni Unite.

²⁷⁴ Si veda, a tal proposito, G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in «GenIUS», online first, destinato a GenIUS 1/2020.

²⁷⁵ P. M. Sabella, Op. Cit.

²⁷⁶ Si veda, Cass. SS.UU. 38162/2022

A pochi anni di distanza, la Corte di Cassazione è tornata sul tema con la sentenza delle Sez. Unite n. 38162/2022, pronunciandosi nuovamente sul riconoscimento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero tramite gestazione per altri (GPA) e il genitore d'intenzione. Si trattava sostanzialmente dello stesso scenario fattuale del 2019 (coppia omogenitoriale con figlio nato via surrogata in Canada), ma arricchito dagli sviluppi successivi: la Corte costituzionale si era espressa (sent. 33/2021 e poi ord. 79/2022) segnalando le lacune di tutela, e la stessa Prima Sezione della Cassazione aveva rimesso la questione alle SU per dirimere i persistenti dubbi interpretativi. In questo contesto, le Sezioni Unite del 2022 avevano il compito di riesaminare il bilanciamento tra ordine pubblico e interesse del minore, alla luce del quadro normativo immutato (il divieto penale di surrogazione restava vigente) ma con maggiore consapevolezza delle criticità emerse.

La decisione del 2022 conferma il principio già affermato nel 2019: permane l'impossibilità di riconoscere in via diretta il vincolo di filiazione tra il bambino nato da maternità surrogata e il genitore non biologico.²⁷⁷ Le SU ribadiscono che il divieto assoluto di surrogazione di maternità costituisce un valore di ordine pubblico che l'ordinamento italiano non può sacrificare. Viene affermato in modo ancora più esplicito che non è ammessa alcuna distinzione in base alle modalità della surrogazione (ad es. altruistica *vs.* commerciale): la tutela della dignità della donna è intesa in senso oggettivo, sicché si considera lesa indipendentemente dalle circostanze specifiche o dal consenso della gestante. In altri termini, secondo la Cassazione la pratica della maternità surrogata è intrinsecamente contraria all'ordine pubblico in ogni caso, poiché l'ordinamento la valuta come lesiva di valori fondamentali non disponibili. A supporto di ciò, la sentenza richiama anche la giurisprudenza costituzionale più recente: la Corte costituzionale, nelle sentenze n. 33/2021 e n. 79/2022, esprimendo una condanna senza appello del fenomeno. Le SU 2022 si allineano pienamente a questa valutazione assiologica, adottando un tono perentorio: il legislatore italiano ha inteso predisporre un divieto assoluto con funzione precauzionale, volto a evitare "qualsiasi forma di abuso" di situazioni di vulnerabilità economica o sociale che possano indurre le donne a "commercializzare il proprio corpo". L'idea di fondo, dunque, è che la surrogazione comporti sempre un disvalore (una mercificazione della maternità) che giustifica la tutela penale e l'inopponibilità dei suoi effetti in Italia, anche se realizzata all'estero in forme apparentemente consenzienti o non lucrative.

²⁷⁷ Cfr., G. Mingardo, *Le Sezioni Unite si pronunciano (nuovamente) sulla gestazione per altri: è stato detto davvero tutto?*, NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO, 2023(1).

Un passaggio significativo della motivazione del 2022 riguarda il raffronto con altre forme di procreazione assistita lecite in Italia. La Corte esclude che il paradigma della surrogazione possa essere equiparato a quello, ad esempio, della fecondazione eterologa (donazione di gameti): quest'ultima, pur comportando la nascita di un bambino con un genitore "sociale" privo di legame genetico, è disciplinata dalla legge n. 40/2004 (artt. 8 e 9) che ne regola gli effetti di filiazione, attribuendo rilievo al consenso informato e precludendo al genitore non biologico di ripudiare successivamente la propria responsabilità genitoriale.²⁷⁸ Nella gestazione per altri, invece, secondo i giudici il solo consenso procreativo non basta a fondare un rapporto di filiazione giuridicamente rilevante: mancando una norma che lo equipari al modello eterologo, non si può ritenere che la volontà delle parti – per quanto concordata e altruistica – sia di per sé sufficiente a legittimare l'attribuzione dello *status* di genitore in capo al committente non biologico. Questo passaggio della sentenza serve a ribadire che nel nostro ordinamento la genitorialità "di intenzione" non ha cittadinanza al di fuori delle ipotesi tipiche previste dalla legge, e che la surrogazione non può essere normalizzata invocando analogie con istituti leciti ma differenti (come appunto l'eterologa o l'adozione). Pertanto, l'atto di nascita estero che indica come genitore anche la persona che non ha alcun legame biologico con il bambino nato da surrogata non può trovare automatico riconoscimento in Italia: ogni eventuale riconoscimento "è ostacolato dal divieto di surrogazione di maternità che costituisce limite di ordine pubblico", legittimando il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla trascrizione. In definitiva, sul piano del principio di diritto, anche la Cass. SU 38162/2022 sancisce che il provvedimento straniero che accerta la genitorialità del *partner* non biologico in un caso di surrogazione contrasta con l'ordine pubblico internazionale e non può essere direttamente attuato.²⁷⁹

Se sul rifiuto della trascrizione la posizione delle Sezioni Unite 2022 è di rigorosa continuità con il 2019, un'uguale continuità si riscontra nella soluzione riparatrice offerta a tutela del minore. Anche nel 2022, infatti, la Corte individua nell'adozione in casi particolari (art. 44, co. 1, lett. d, L. 184/1983) lo strumento attraverso cui garantire al bambino il legame giuridico con il genitore intenzionale. Le SU richiamano espressamente l'ormai "ineludibile esigenza" di assicurare ai bambini nati da GPA gli stessi diritti di cui godono tutti gli altri bambini, esigenza che può trovare soddisfazione proprio tramite l'adozione in casi particolari. In un passaggio chiave, i giudici affermano che "Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento

²⁷⁸ Cfr., Corte di Cassazione, SS. UU. Civ., Sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162 cit., pag. 35.

²⁷⁹ P. M. Sabella, Op. Cit.

che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il *partner* del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita”. Questa affermazione costituisce la conferma esplicita del principio già delineato nel 2019: il *best interest* del minore viene perseguito tramite l’adozione *ex art. 44*, che consente al genitore d’intenzione di diventare a tutti gli effetti genitore adottivo del bambino, garantendogli così – seppur con i limiti propri di tale figura – una tutela giuridica stabile e il riconoscimento di uno *status filiationis* anche rispetto a lui/lei. Le SU considerano tale soluzione come obbligata allo stato attuale: evidenziano infatti che, allo stato attuale dell’evoluzione normativa, non vi sono strumenti alternativi per colmare il vuoto di tutela del minore, ed è dunque attraverso questa forma di adozione (già ritenuta compatibile con casi del genere dalla giurisprudenza di merito negli anni precedenti) che si può evitare al bambino nato da surrogazione di restare privo di uno dei genitori sociali.²⁸⁰ Si noti che la Corte, pur consapevole delle critiche mosse a tale rimedio (lo definisce essa stessa una tutela “non piena” del minore, come visto *supra*), non si spinge oltre nel creare soluzioni innovative: in particolare, non anticipa alcun intervento creativo sulla piena equiparazione dello *status* né impone adattamenti procedurali specifici, limitandosi a dichiarare applicabile lo strumento adottivo esistente. Le SU 2022, diversamente dalla Consulta, non accompagnano la decisione con un richiamo pressante al legislatore, ma di fatto ne sottoscrivono l’auspicio: ribadiscono che spetta in ultima istanza al Parlamento approntare, se lo riterrà, forme più adeguate di tutela, essendo la materia ampiamente intrecciata a valutazioni di politica legislativa (famiglia, filiazione, bioetica). Nel frattempo, però, la regola giurisprudenziale consolidata resta quella delineata: niente riconoscimento automatico, ma sì all’adozione in casi particolari per garantire il migliore interesse del bambino senza violare il divieto di surrogazione.²⁸¹

La pronuncia del 2022, in continuità con quella del 2019, traccia un quadro estremamente chiaro: nel diritto italiano la maternità surrogata rimane contraria all’ordine pubblico e nessun “superiore interesse del minore” può legittimare la creazione *ex lege* di un rapporto di filiazione in violazione di tale divieto. L’orientamento delle Sezioni Unite, dunque, privilegia la tutela di principi fondamentali (dignità umana, non commercializzazione della maternità, rispetto delle procedure legali per l’adozione) e affida la protezione del minore ad un rimedio alternativo e postumo quale l’adozione mite. Si tratta di un bilanciamento che, pur animato dall’intento di non lasciare scoperto

²⁸⁰ P. M. Sabella, Op. Cit.

²⁸¹ P. M. Sabella, Op. Cit.

il minore, è stato oggetto di diverse critiche in dottrina. Da un lato, c'è chi ne condivide la *ratio*: viene sottolineato come la Corte abbia fornito un vademecum agli operatori del diritto, indicando con chiarezza la strada da seguire in casi analoghi (rifiuto della trascrizione e contestuale ricorso all'adozione) e scongiurando vuoti di tutela per il bambino.²⁸² Dall'altro, molti autori evidenziano i nodi irrisolti che permangono: *in primis* la non pienezza dello *status* acquisito tramite adozione speciale, già stigmatizzata dalla Consulta²⁸³. Inoltre, si rileva come le Sezioni Unite abbiano affrontato in modo solo parziale il confronto con i principi sovranazionali: ad esempio, la sentenza del 2022 cita la giurisprudenza della Corte EDU soprattutto nella parte in cui riconosce un margine di apprezzamento agli Stati nel proibire la surrogazione (richiamando il precedente *Paradiso e Campanelli* sulla vicenda italiana) ma non enfatizza altre pronunce della Corte di Strasburgo che insistono sulla necessità di riconoscere tempestivamente un legame giuridico tra il minore e chi se ne prende cura fin dalla nascita. Tale uso selettivo della giurisprudenza CEDU è stato sottolineato da alcuni commentatori, i quali avrebbero auspicato un approccio maggiormente orientato ai diritti del bambino a una famiglia, anche a costo di osare un'interpretazione più evolutiva delle norme interne – interpretazione però ritenuta dalla Corte eccedente il proprio ruolo, data la contrarietà palese della surrogazione al vigente impianto normativo. In sostanza, le SU hanno scelto di consolidare la linea tracciata nel 2019, senza introdurre sostanziali aperture. Il principio di diritto emergente dal combinato delle due decisioni può riassumersi così: il contratto di maternità surrogata contrasta con l'ordine pubblico italiano e resta privo di effetti quanto al riconoscimento della genitorialità “di intento”, ma il superiore interesse del minore impone di assicurare comunque una tutela giuridica al legame con il partner del genitore biologico, tutela attuabile attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari.²⁸⁴

L'analisi delle sentenze nn. 12193/2019 e 38162/2022 evidenzia dunque un approccio della Corte di Cassazione improntato alla ferma salvaguardia dei principi interni di ordine pubblico, temperata però dalla ricerca di soluzioni (anche creative) volte a mitigare le ricadute pregiudizievoli per il minore. Questo equilibrio – certamente perfettibile, come dimostrano i dibattiti dottrinali e l'invito della Consulta al legislatore – definisce allo stato attuale la cornice di liceità/illiceità della maternità surrogata in Italia e le possibilità di riconoscimento dello *status* dei bambini nati all'estero tramite essa. Resta peraltro aperta la dimensione sovranazionale della questione: le pronunce nazionali si

²⁸² P. M. Sabella, Op. Cit.

²⁸³ Ci si riferisce, in tal senso, alla Corte Cost. n. 33/2021

²⁸⁴ P. M. Sabella, Op. Cit.

inserirsi in un dialogo non privo di tensioni con i principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare sul diritto al rispetto della vita privata e familiare del minore. La Corte EDU, come si vedrà nel paragrafo successivo, nei casi *Mennesson e Labassee c. Francia* del 2014, ha riconosciuto un margine agli Stati nel vietare la surrogazione in nome di valori fondamentali, ma ha anche stabilito che tale margine “non deve tradursi nell'impossibilità di riconoscere a livello giuridico la relazione che lega il minore al genitore [biologico]”, poiché altrimenti si violerebbe l'art. 8 CEDU a scapito dell'interesse superiore del minore. D'altro canto, più recentemente, anche la Corte di giustizia UE è stata investita di problematiche inerenti il riconoscimento transfrontaliero dello *status filiationis* di bambini nati da GPA (ad esempio in tema di cittadinanza e libera circolazione nell'Unione). Questi profili sovranazionali – che eccedono l'ambito della sola legittimità interna e attengono al necessario confronto dell'ordinamento italiano con gli obblighi derivanti dalla CEDU e dal diritto UE – saranno oggetto di trattazione nel capitolo 8, consentendo di valutare se e in che misura l'assetto delineato dalla Cassazione resista al vaglio delle Corti europee e quali sviluppi potrà conoscere in futuro.

§ 4. Normativa e giurisprudenza sovranazionali

La disciplina interna in materia di surrogazione di maternità non può essere analizzata senza considerare il contesto sovranazionale, che ha progressivamente assunto un ruolo centrale nella definizione dei limiti e dei principi applicabili. Le fonti normative europee e internazionali, unitamente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e agli orientamenti di altre corti sovranazionali, contribuiscono a delineare uno spazio giuridico complesso, in cui si intrecciano esigenze di tutela della dignità umana, protezione dei minori e rispetto delle scelte legislative nazionali. Il confronto con questi parametri esterni impone di interrogarsi sulla compatibilità della normativa italiana – in particolare dopo l'introduzione della punibilità extraterritoriale – con i principi sovranazionali di proporzionalità, legalità e superiore interesse del minore.

§ 4.1. Rilevanza degli artt. 8, 12, 14 CEDU e artt. 7, 21, 24 CDFUE

Nella disciplina della maternità surrogata, un ruolo di primaria importanza è svolto anche dalle fonti sovranazionali, in particolare dagli artt. 8, 12 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dagli artt. 7, 21 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il riferimento a tali disposizioni si impone alla luce della necessità di assicurare una tutela multilivello ai diritti coinvolti, con particolare attenzione ai profili attinenti alla vita privata e familiare, al principio di non discriminazione e alla protezione del minore.

L'art. 8 CEDU garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare di ogni individuo, comprensivo tanto della sfera personale (identità, autodeterminazione, relazioni affettive) quanto di quella familiare (costituzione di una famiglia, rapporti genitori-figli). Disposizione analoga è contenuta nell'art. 7 della CDFUE, che ha contenuto e portata equiparabili a quelli dell'art. 8 CEDU, dovendone essere interpretato in maniera conforme. Nel contesto della maternità surrogata, il diritto alla vita privata e familiare viene in rilievo sotto diversi profili. Da un lato, tutela la scelta genitoriale delle coppie o dei singoli che ricorrono a tecniche di procreazione assistita non tradizionali (come la GPA) nell'aspirazione di formare una famiglia. Dall'altro lato – in maniera ancor più evidente – esso protegge il diritto del nato da maternità surrogata a vedere riconosciuta la propria identità personale e giuridica, incluse le relazioni di filiazione con coloro che lo hanno voluto e accudito sin dalla nascita. Proprio su questo secondo versante, la giurisprudenza europea ha progressivamente affermato principi di grande importanza.

In particolare, la Corte EDU ha riconosciuto che il rifiuto di uno Stato di riconoscere alcun legame di filiazione tra un minore nato all'estero tramite surrogazione e i genitori d'intenzione può costituire violazione dell'art. 8 CEDU. Nelle cause gemelle *Mennesson e Labassee c. Francia*, (come si vedrà nel § 8.2) la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, pur potendo la Francia perseguire legittimamente l'obiettivo di deterrenza della pratica dell'“utero in affitto”, tuttavia la mancata registrazione nei propri atti di stato civile del rapporto di filiazione con i genitori intenzionali ledesse il diritto all'identità personale dei minori e ne pregiudicasse potenzialmente anche diritti successori. Dovendo prevalere l'interesse superiore del bambino, si è così ravvisata la violazione dell'obbligo di assicurare il rispetto effettivo della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU. Infatti, lo Stato, pur libero di vietare o sanzionare la surrogazione nel proprio ordinamento, non potrebbe

spingersi fino al punto di negare riconoscimento giuridico al rapporto genitoriale, se ciò compromette i diritti fondamentali del minore.²⁸⁵

Il filone giurisprudenziale inaugurato con *Mennesson* ha trovato conferma ed evoluzione in successivi interventi. La Corte EDU ha ribadito che dal diritto al rispetto della vita privata del minore nato da surrogazione discende per gli Stati l'obbligo positivo di prevedere "la possibilità di riconoscere una relazione [di filiazione] tra il minore... e il cosiddetto genitore intenzionale". Ciò significa che all'interno dell'ordinamento nazionale deve esistere un meccanismo giuridico – non necessariamente identico alla trascrizione integrale dell'atto di nascita estero – idoneo a conferire uno *status* legale al rapporto genitore-figlio, nell'ottica di tutelare il superiore interesse del minore. Questa posizione di principio è stata autorevolmente sancita dalla Grande Camera della Corte EDU nel Parere consultivo del 10 aprile 2019 (reso ai sensi del Protocollo n. 16). In tale Parere, richiesto dalla Corte di Cassazione francese nell'ambito del caso *Mennesson*, i giudici europei hanno chiarito che il riconoscimento del legame tra il bambino e il genitore d'intenzione non biologico può avvenire anche mediante soluzioni diverse dalla trascrizione, purché rapide ed efficaci – ad esempio tramite l'adozione – e comunque rispettose del *best interest of the child*. Su queste basi la Cassazione francese, dopo il Parere, ha definitivamente convalidato la trascrizione dell'atto di nascita estero nel caso concreto.

Parallelamente, la Corte EDU ha delineato anche i limiti entro cui opera la tutela dell'art. 8 in materia di surrogazione. Un elemento cruciale è la sussistenza di un legame biologico tra il minore e almeno uno dei genitori intenzionali. In assenza totale di legami genetici e in mancanza di una convivenza prolungata assimilabile a una vita familiare di fatto, la protezione offerta dall'art. 8 può risultare attenuata. Emblematico è il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, deciso dalla Grande Camera nel 2017: una coppia italiana aveva avuto all'estero un bambino tramite surrogata senza alcuna connessione biologica con i richiedenti; il neonato, portato in Italia, fu allontanato e dichiarato adottabile. Ebbene, diversamente da precedenti decisioni in materia, in questo caso non è stata ravvisata violazione dell'art. 8 CEDU per la sottrazione del minore.²⁸⁶ La Grande Camera ha escluso l'esistenza di una "vita familiare" meritevole di tutela (dato il brevissimo periodo di

²⁸⁵ Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura

²⁸⁶ Cfr., M. Caielli, *La Corte europea dei diritti dell'uomo torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in «DPCE Online – Note e commenti», 1/2022, pp. 1497 e ss.

convivenza e l'assenza di vincoli di sangue) e ha valutato l'interferenza principalmente sul piano della vita privata, reputandola nel complesso giustificata. Questa pronuncia, seppur isolata e legata a circostanze estreme, segnala che l'art. 8 CEDU non conferisce un automatismo di tutela in ogni ipotesi di surrogazione.²⁸⁷ Resta comunque fermo il principio generale secondo cui una volta nato un bambino, il suo *status filiationis* e la continuità delle relazioni affettive genitoriali devono trovare riconoscimento in qualche forma sul piano legale, in ossequio al diritto fondamentale alla propria identità personale e familiare.²⁸⁸

Alla luce di quanto precede, risulta evidente l'alta rilevanza dell'art. 8 CEDU (e del corrispondente art. 7 CDFUE) nel valutare le scelte normative degli Stati in materia di maternità surrogata. Il divieto penalmente sanzionato previsto dall'ordinamento italiano (art. 12, co. 6, l. 40/2004) incide infatti sul diritto alla vita privata e familiare sia degli aspiranti genitori, limitandone le possibilità di realizzare il proprio progetto genitoriale, sia soprattutto dei minori eventualmente nati attraverso tale pratica. Sul versante dei genitori d'intenzione, la decisione di avere un figlio rientra senza dubbio tra le espressioni della vita privata e familiare: la Corte EDU ha affermato che la scelta se diventare genitori oppure no costituisce uno degli atti fondamentali della vita privata e familiare dell'individuo, di regola sottratto alle ingerenze dello Stato. Tuttavia, tale sfera di libertà procreativa non è illimitata: gli Stati conservano un margine di apprezzamento nel regolare le modalità di esercizio di questo diritto, specie di fronte a questioni eticamente sensibili come la surrogazione di maternità. Ad esempio, il divieto italiano di ricorrere alla surrogata può considerarsi finalizzato a tutelare interessi e valori anch'essi di rango fondamentale – quali la dignità della gestante e il rifiuto di logiche mercantili sul corpo umano – potenzialmente idonei a giustificare un'ingerenza nei diritti dei committenti. Sul versante dei bambini nati tramite GPA, invece, l'esigenza di assicurare loro uno *status* certo e conforme alla realtà affettiva prevale nettamente una volta venuti alla luce. Lo sdoppiamento tra (i) il momento *ex ante* della scelta di ricorrere alla surrogazione (in cui prevalgono considerazioni di ordine pubblico e margine statale) e (ii) il momento *ex post* della tutela del nato (in cui emergono forti gli obblighi positivi *ex art. 8 CEDU*) costituisce un elemento chiave emerso dalla giurisprudenza. Di conseguenza, anche il legislatore italiano ha dovuto tenerne conto: sebbene l'Italia mantenga un severo divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata, ha comunque previsto meccanismi alternativi – segnatamente l'adozione in casi particolari – per

²⁸⁷ Si veda, in tal senso, anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, n. 11288/18, 16 luglio 2020

²⁸⁸Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p. 12.

attribuire una forma di legame giuridico tra il minore e il genitore d'intenzione non biologico. Come rilevato dalla Cassazione e dalla Consulta, il nostro ordinamento “affida la realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico... solo all'istituto dell'adozione... e non al mero accordo fra le parti”, configurando l'adozione (*ex art. 44, co. 1, lett. d, l. 184/1983*) quale clausola di chiusura del sistema per dare tutela al rapporto di fatto creatosi col minore, senza però legittimare la pratica in sé della surrogazione. Questa scelta di politica legislativa interna rappresenta un tentativo di equilibrio tra le opposte esigenze: da un lato, ribadire la contrarietà della surrogazione all'ordine pubblico italiano; dall'altro, evitare che il bambino resti privo di tutela giuridica, in possibile contrasto con l'art. 8 CEDU riferito al minore nato da tali pratiche.²⁸⁹

Da ultimo, si segnala come l'importanza del diritto alla vita privata e familiare nel contesto in esame sia riconosciuta anche a livello di Unione Europea. Pur mancando, allo stato, una disciplina unitaria della UE in materia di surrogazione (trattandosi di materia affidata alle competenze nazionali), sono in corso iniziative volte quantomeno a risolvere i problemi di riconoscimento transfrontaliero dello *status di filiazione*. La Commissione europea ha avanzato una Proposta di Regolamento²⁹⁰ mirata a uniformare i criteri di giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione, nonché a istituire un certificato europeo di filiazione.²⁹¹ Tale proposta – qualora adottata – agevolerebbe il riconoscimento dei legami genitoriali legittimamente stabiliti in uno Stato membro anche in tutti gli altri, garantendo così che il diritto alla vita familiare dei minori (inclusi quelli nati da GPA) sia rispettato su base transnazionale. Si tratta di sviluppi che confermano la centralità del *favor filiationis* nei valori europei, in linea con l'art. 7 CDFUE e con l'elaborazione giurisprudenziale dell'art. 8 CEDU.

Conviene ora esaminare l'art. 12 CEDU. Esso sancisce per “uomini e donne a partire dall'età minima per contrarre matrimonio” il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, diritto che trova corrispondenze in altre fonti internazionali²⁹². Nell'alveo convenzionale, tale norma è tradizionalmente collegata alla libertà matrimoniale e all'istituto della famiglia nucleare, lasciando però agli Stati la facoltà di disciplinarne l'esercizio (“secondo le leggi nazionali che ne regolino

²⁸⁹ Ibidem, p. 12 e ss.

²⁹⁰ COM(2022) 695 final, 7 dicembre 2022

²⁹¹ Cfr., M. Caielli, *La Corte europea dei diritti dell'uomo torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in «DPCE Online – Note e commenti», 1/2022, pp. 1502 e ss

²⁹² Si vedano, in tal senso, art. 16 Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo; art. 23 Patto internazionale diritti civili e politici

l'esercizio"). Pur non riferendosi espressamente alla procreazione o alla genitorialità biologica, il diritto a fondare una famiglia implica necessariamente la possibilità di avere figli, naturali o adottivi, e dunque delinea – almeno in astratto – una sfera di tutela anche rispetto al desiderio di diventare genitori. In dottrina si è osservato che dal combinato disposto degli artt. 8 e 12 CEDU emerge un diritto fondamentale alla genitorialità, inteso come facoltà di procreare e formare un nucleo familiare secondo le proprie scelte, eventualmente avvalendosi anche delle tecniche offerte dal progresso medico. Tale impostazione porterebbe a ricomprendere anche il ricorso alla maternità surrogata – come *extrema ratio* per persone altrimenti non in grado di avere figli – nel perimetro di tutela dei diritti fondamentali della persona, seppur con i limiti posti dalla legge.

Occorre tuttavia precisare che né la giurisprudenza convenzionale né quella costituzionale italiana riconoscono un diritto incondizionato ad avere un figlio mediante qualsiasi mezzo. Al contrario, i giudici nazionali hanno sottolineato che il desiderio di genitorialità, per quanto profondo e comprensibile, non può tradursi in un diritto soggettivo assoluto a ottenere un figlio “ad ogni costo”. L'art. 12, co. 6, l. 40/2004 – nel punire chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità – esprime proprio l'esigenza di porre un “confine” a tale desiderio illimitato, specie laddove esso pretenda di realizzarsi utilizzando il corpo di un'altra donna come mero strumento per procreare. In questo senso, come già ampiamente menzionato, si è pronunciata più volte la Corte Costituzionale, affermando in termini perentori che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna» che porta avanti la gravidanza per conto altrui. Tale forte affermazione valorizza il principio della dignità umana – riferito tanto alla gestante quanto al nascituro – quale contro-limite al perseguimento della genitorialità biologica. In altri termini, l'ordinamento rivendica il potere di disciplinare il diritto a formare una famiglia, escludendo le modalità che violino diritti altrui o fondamentali principi etici. L'art. 12 CEDU stesso, subordinando il diritto a sposarsi e fare famiglia alle leggi nazionali, lascia uno spazio normativo in cui gli Stati possono intervenire per contemperare interessi contrapposti. L'Italia, in particolare, considera la surrogazione contraria all'ordine pubblico e alla dignità della maternità, come dimostrato dal persistente divieto penale e dalla recentissima estensione del principio di universalità del reato (l. 169/2024).²⁹³ Si è in presenza, dunque, di un limite legale all'esercizio del diritto di diventare genitori tramite GPA, limite giustificato – secondo le intenzioni del legislatore – dalla necessità di proteggere beni di rango almeno pari a quelli degli aspiranti genitori (la dignità della

²⁹³ P. M. Sabella, Op. Cit.

donna, la non mercificazione della procreazione, la tutela dei minori da potenziali situazioni di incertezza giuridica).

Detto ciò, va evidenziato che il riconoscimento di tali limiti non svuota il nucleo essenziale del diritto di fondare una famiglia, ma ne orienta le modalità di realizzazione entro percorsi leciti. Chi non può avere figli per vie naturali non è privo di tutele: l'ordinamento ammette, ad esempio, la fecondazione eterologa (dopo la caducazione del divieto originario di cui alla l. 40/2004) e soprattutto mette a disposizione l'istituto dell'adozione, che resta la via maestra per soddisfare il desiderio di genitorialità in mancanza di un legame biologico. Come già accennato, la scelta legislativa italiana è stata di confinare la formazione di una famiglia senza legami genetici nell'alveo dell'adozione, ritenuta lo strumento idoneo a garantire sia il controllo dell'autorità giudiziaria (a tutela del minore e delle parti coinvolte) sia il rispetto dei principi etici fondamentali.

²⁹⁴La finalità è quella di conciliare il diritto a formare una famiglia (art. 12 CEDU) con l'esigenza di evitare che esso degeneri in abusi o violazioni di altri diritti fondamentali. Ne risulta un bilanciamento nel quale – allo stato attuale – la possibilità di accedere alla genitorialità tramite surrogazione è esclusa, ma resta salva la libertà di procreare in altre forme consentite e soprattutto non viene mai meno la tutela dei legami affettivi una volta che un bambino sia nato. In definitiva, l'art. 12 CEDU, pur evocato di rado nelle pronunce sui casi di GPA, funge da sfondo normativo che riconosce la legittimità dell'aspirazione a formare un nucleo familiare con figli, aspirazione che però può incontrare limitazioni giustificate da altri beni giuridici di rilievo costituzionale.

Occorre ora analizzare il c.d. principio di non discriminazione. Esso rappresenta un ulteriore parametro fondamentale nell'analisi della maternità surrogata. L'art. 14 CEDU vieta ogni discriminazione nell'applicazione dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione, includendo espressamente tra i fattori protetti il sesso, la nascita, e "ogni altra condizione" personale. L'art. 21 CDFUE, da parte sua, ha portata più ampia in quanto proibisce in via generale qualsiasi forma di discriminazione (anche al di fuori dell'ambito applicativo dei soli diritti della Carta), menzionando, fra gli altri, il sesso e l'orientamento sessuale.

Nel contesto della surrogazione di maternità, le potenziali discriminazioni da considerare sono sia quelle verso i soggetti che ricorrono alla pratica, sia quelle nei confronti dei nati attraverso essa.

²⁹⁴Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura

Sotto il primo profilo, va rilevato che il divieto contenuto nell'art. 12, co. 6, l. 40/2004 si applica *erga omnes*, senza operare distinzioni dirette basate su genere, stato civile o orientamento sessuale: formalmente, dunque, ogni persona (eterosessuale, omosessuale, single o in coppia) è egualmente impedita dal ricorso legale alla GPA. Non si riscontra, a livello normativo, una discriminazione diretta poiché la legge vieta la surrogazione in qualsiasi forma e per chiunque.²⁹⁵ Tuttavia, è innegabile che il divieto abbia un impatto differenziato su talune categorie: ad esempio, le coppie maschili omosessuali, non potendo procreare se non tramite l'ausilio di una gestante, risultano di fatto le più colpite dall'impossibilità legale di accedere a tale percorso; analogamente, persone affette da patologie che impediscono la gestazione (donne prive di utero, ecc.) vedono preclusa l'unica chance di avere un figlio geneticamente proprio. Si tratta di disparità di fatto che, pur non configurando una discriminazione diretta vietata dall'art. 14 CEDU, pongono interrogativi sul piano dell'eguaglianza sostanziale. Ad esempio, ci si è chiesti se il rigoroso divieto di GPA possa tradursi in una discriminazione indiretta fondata sul ceto (essendo la possibilità di aggirarlo limitata a chi ha le risorse per rivolgersi all'estero) o sull'orientamento sessuale (incidendo maggiormente sulle coppie dello stesso sesso). La Corte EDU, finora, non ha accolto argomentazioni esplicite di questo tipo nei casi concreti esaminati, preferendo risolvere le controversie alla luce dell'art. 8 CEDU e del principio del *best interest* del minore. Emblematico è il già citato caso *D. c. Francia* (2020), in cui i ricorrenti avevano lamentato la violazione combinata degli artt. 8 e 14 CEDU; la Corte però, ritenendo determinante il fatto che l'atto di nascita estero presentato fosse falsificato (la madre intenzionale vi figurava impropriamente come madre biologica), ha escluso qualsiasi violazione sia della vita privata familiare sia del divieto di discriminazione.²⁹⁶ In altri termini, non si è addentrata in un esame di merito dell'asserita disparità di trattamento, poiché il caso si è risolto sulla base di un elemento ostativo preliminare (la non autenticità del documento di stato civile). Ciò non toglie, tuttavia, che il profilo discriminatorio resti sullo sfondo in questa materia, pronto a emergere qualora si configurino differenze di trattamento ingiustificate fra situazioni analoghe.

Un ambito in cui il divieto di discriminazione acquista particolare pregnanza è quello relativo allo *status* dei minori nati da surrogazione. L'art. 14 CEDU tutela infatti anche dall'indebita disparità di

²⁹⁵Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura

²⁹⁶ Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. A.A.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p.12.

trattamento per “nascita”, concetto inteso dalla giurisprudenza come comprensivo dello *status filiationis* (si pensi alle discriminazioni un tempo esistenti tra figli legittimi e naturali, da tempo dichiarate incompatibili con la Convenzione). Ebbene, si può sostenere che negare ad un bambino nato tramite GPA il riconoscimento legale di uno dei due genitori intenzionali – pur vivendo egli stabilmente con entrambi – lo ponga in una condizione deteriore rispetto agli altri bambini, incidendo su molteplici aspetti (cittadinanza, successione, mantenimento, stabilità affettiva, ecc.). In tal senso, la mancata equiparazione dello *status* potrebbe configurare una discriminazione fondata sulla nascita (ossia sul modo in cui il minore è venuto al mondo) nell’esercizio del diritto alla vita familiare (art. 8 in combinato con art. 14 CEDU). Anche se la Corte EDU non ha sinora adottato una pronuncia formale su questo punto – avendo in *Mennesson* privilegiato l’art. 8 e riconosciuto già su tale base la lesione del diritto del minore – il principio di non discriminazione rafforza l’idea che tutti i bambini hanno diritto a uguale tutela giuridica dei legami familiari, a prescindere dalle circostanze della nascita. Questa linea argomentativa è stata peraltro valorizzata dalla Consulta, laddove ha ricompreso tra i parametri del giudizio di legittimità costituzionale sulla vicenda GPA anche l’art. 3 Cost. (uguaglianza) e le norme internazionali sui diritti dei minori.²⁹⁷

Per quanto concerne le persone che accedono alla surrogazione, un possibile profilo discriminatorio riguarda l’orientamento sessuale. Come accennato, il divieto colpisce tutti, ma storicamente il ricorso alla GPA è associato spesso a coppie omosessuali di genere maschile (impossibilità a generare altrimenti un figlio biologico comune). È importante notare, tuttavia, che né il legislatore né la giurisprudenza italiana fondano in alcun modo il divieto su ragioni attinenti all’orientamento: anzi, nei giudizi italiani si è esplicitamente escluso che rilevi “il tema dell’orientamento sessuale dei soggetti che ricorrono alla gestazione per altri, alla luce dell’ininfluenza dell’orientamento sessuale sull’idoneità genitoriale”.²⁹⁸ Ciò significa che, in linea di principio, il nostro ordinamento non considera le coppie omosessuali meno adatte ad essere genitori; la preclusione della surrogazione per tutti è motivata da ragioni di ordine pubblico e dignità che prescindono dal tipo di coppia. Resta però il dato fattuale che le coppie omosessuali (si intendono esclusivamente in questa sede, le coppie di genere maschile) non hanno alternative biologiche (mentre una coppia eterosessuale può spesso ricorrere ad altre tecniche, ad es. eterologa, prima di considerare la GPA). Questo squilibrio sostanziale alimenta il dibattito sulla tenuta del divieto assoluto in chiave di eguaglianza: se venisse

²⁹⁷ A tal proposito, Convenzione sui diritti del fanciullo, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall’Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, in Gazzetta Ufficiale 11 giugno 1991, n. 135

²⁹⁸ Corte Cost., n. 33/2021

dimostrato che il divieto produce effetti discriminatori sproporzionati su una certa categoria, potrebbe prospettarsi una violazione dell'art. 21 CDFUE (che vieta discriminazioni basate sul sesso e sull'orientamento sessuale) qualora la materia ricada nell'ambito di applicazione del diritto UE. Ad oggi, però, la questione non si è posta in sede di Corti europee in termini di contrasto con l'art. 21 della Carta, anche perché la surrogazione di per sé non è regolata dal diritto dell'Unione. È dunque soprattutto sul piano della CEDU (artt. 8 e 14 combinati) e sul piano costituzionale interno (artt. 2, 3 Cost.) che il principio di non discriminazione opera quale criterio di giudizio della proporzionalità del regime vigente. In sintesi, il divieto italiano di surrogazione, essendo generale, non appare discriminatorio per se, ma le sue ricadute pratiche vengono attentamente scrutinate per evitare ingiuste disparità: a parità di interesse del minore, non si devono creare bambini di “serie B”; a parità di situazione di coppia sterile, non si devono offrire soluzioni a alcuni e negarle ad altri senza valida ragione.

Un elemento cardine, trasversale ai profili sin qui esaminati, è costituito dai diritti dei minori coinvolti nelle vicende di maternità surrogata. L'art. 24 della Carta di Nizza espressamente enuncia principi fondamentali al riguardo: al par. 2 sancisce che “in tutti gli atti relativi ai bambini... l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”, mentre al par. 3 afferma il diritto di ogni fanciullo a intrattenere regolarmente “relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, salvo che ciò sia contrario al suo interesse”. Queste disposizioni, vincolanti per gli Stati membri nell'attuazione del diritto UE, rispecchiano norme già presenti in convenzioni internazionali (prima fra tutte la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989) e influenzano anche l'interpretazione evolutiva dell'art. 8 CEDU quando in gioco vi siano minori. Nel contesto della GPA, il *best interest* del minore assume un rilievo centrale: ogni soluzione giuridica deve prioritariamente valutare l'impatto sul bambino nato mediante surrogazione, che è la parte più vulnerabile e priva di colpa in queste situazioni. La stessa Corte EDU, pur non avendo una norma specifica come l'art. 24 della Carta, ha di fatto incorporato il principio dell'interesse superiore del minore nelle sue valutazioni *ex art. 8 CEDU*, come si è visto nelle decisioni *Mennesson/Labassee* (dove prevale il diritto all'identità del bambino) e nel Parere 2019²⁹⁹ (che richiede un meccanismo di riconoscimento della filiazione nell'interesse del minore).

²⁹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Parere consultivo del 15 aprile 2019 (richiesta n. P16-2018-001) reso ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU, disponibile in <https://www.federalismi.it/App1OpenFilePDF.cfm?artid=40357&dpath=document&dfile=03102019211651.pdf&content=Corte%2Bdei%2Bdiritti%2Bdell%27Uomo%2C%2B%2BParere%2Bdel%2B10%2F04%2F2019%2C%2BParere%2Bconsultivo%2Bin%2Bmateria%2Bdi%2Bmaternit%C3%A0%2Bsurrogata%2B%28in%2Bapplicazione%2Bdel%2BProt%2E%2B16%2BCEDU%29>

Anche la giurisprudenza costituzionale italiana ha riconosciuto la necessità di dare attuazione al principio del preminente interesse del bambino in questo ambito delicato, pur se bilanciato con altri valori. La Consulta – investita del caso di un minore nato all'estero da GPA e non riconoscibile dal genitore d'intenzione – pur dichiarando inammissibili le questioni, ha rivolto un monito al legislatore affinché intervenga a colmare il vuoto di tutela, essendo “in gioco la tutela di diritti fondamentali del minore” meritevoli di protezione immediata.³⁰⁰ La Corte ha sottolineato che l'assenza di legame genetico non può tradursi in un totale difetto di riconoscimento della relazione affettiva ormai consolidata, dovendosi apprestare strumenti idonei nell'ordinamento interno (ovvero l'adozione in casi particolari) per sanare la posizione del minore e assicurarne il diritto a una famiglia. In sostanza, il messaggio della Corte costituzionale è che il minore, una volta nato, non può essere “punito” per la condotta eventualmente illecita degli adulti che lo hanno voluto; al contrario, il suo benessere e i suoi diritti fondamentali devono essere tutelati dallo Stato in ogni caso. Questo approccio è perfettamente in linea con l'art. 24 CDFUE e con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia in materia di diritti del fanciullo.³⁰¹

Alla luce dell'art. 24 CDFUE, alcune scelte legislative italiane possono essere rilette criticamente. La trasformazione della surrogazione di maternità in reato universale (legge n. 169/2024) – che estende la punibilità del fatto anche se commesso all'estero da cittadini italiani – risponde sicuramente alla finalità di prevenire e sanzionare la pratica, nella convinzione che essa leda interessi pubblici rilevanti. Tuttavia, essa non affronta direttamente la posizione dei bambini nati da cittadini italiani tramite GPA all'estero. Anzi, potrebbe astrattamente accentuare il clima di deterrenza, con il rischio di confliggere con l'esigenza di protezione dei minori: ad esempio, genitori d'intenzione perseguibili penalmente potrebbero esitare a rientrare in Italia o a far valere dinanzi alle autorità italiane i diritti del minore, prolungando così l'incertezza sul suo *status* giuridico. Questo delicato aspetto richiama ancora una volta il bisogno di bilanciare l'azione punitiva con le garanzie fondamentali: il superiore interesse del minore deve rimanere un faro, imponendo alle autorità – anche nell'applicazione della legge penale – di evitare esiti che pregiudichino il bambino (come la separazione forzata dai genitori di fatto, salvo situazioni di pericolo per il minore stesso). In altri termini, la repressione penale della GPA non esime l'ordinamento dal farsi carico dei diritti del nato, in forza di quanto impone l'art. 8 CEDU (letto

³⁰⁰ Corte Cost., n. 33/2021

³⁰¹ Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, p.8

anche alla luce dell'art. 24 Carta UE).³⁰² Qualora l'applicazione rigorosa del divieto penale mettesse in crisi tali diritti, si aprirebbe una frizione costituzionale e convenzionale da risolvere privilegiando comunque la tutela del minore.

In conclusione, gli artt. 8, 12, 14 CEDU e 7, 21, 24 CDFUE delineano un quadro di principi fondamentali che condiziona fortemente la disciplina nazionale sulla maternità surrogata. Il diritto alla vita privata e familiare e il diritto a fondare una famiglia spingono per il riconoscimento delle situazioni familiari di fatto create tramite GPA, mentre il divieto di discriminazione e il preminente interesse del minore esigono che i bambini nati da tale pratica non subiscano pregiudizi giuridici né stigmatizzazioni. D'altro canto, l'ordinamento italiano, sostenuto anche da autorevoli prese di posizione internazionali (Corte cost. n. 272/2017, Parl. UE ris. 2015), pone l'accento su valori come la dignità della donna e la non mercificazione della genitorialità, valori che giustificano un approccio di chiusura rispetto alla surrogazione. Ne risulta un equilibrio complesso: la condanna della pratica coesiste con la protezione del nato. Il presente paragrafo ha illustrato come i parametri CEDU e CDFUE siano divenuti strumenti imprescindibili di analisi per valutare la legittimità e la proporzionalità di tale equilibrio, preparando così il terreno alla disamina puntuale delle pronunce giudiziarie che, al livello europeo e nazionale, hanno concretamente applicato questi principi ai casi di maternità surrogata (§ 4.2). In quelle decisioni – che si esamineranno nel paragrafo seguente – prendono forma gli orientamenti giurisprudenziali destinati a influenzare l'evoluzione futura della materia, in un dialogo costante tra Corti europee e autorità nazionali.

**§ 4.2. Pronunce della Corte Europea dei Diritti Umani: Sentenza *Mennesson c. Francia* (2014), n. 65192/11; Sentenza *Labassee c. Francia* (2014), n. 65941/11; *C c. Italia* (2023), n. 47196/21).
Il riconoscimento dello *status* dei minori nati da GPA.**

Come anticipato poc'anzi anticipato, i casi di maternità surrogata sollevano questioni complesse in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU. L'art. 8 tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, mentre l'art. 14 vieta discriminazioni nel godimento dei diritti convenzionali. Di fronte a pratiche di surrogazione, la Corte EDU è chiamata a bilanciare tali diritti con il margine di apprezzamento

³⁰² Ibidem, p. 12

degli Stati in un ambito eticamente sensibile.³⁰³ In particolare, occorre valutare se il rifiuto statale di riconoscere in Italia o in Francia un rapporto di filiazione legittimamente costituito all'estero violi il diritto alla vita familiare e privata dei soggetti coinvolti – *in primis* i minori – e se configuri un trattamento discriminatorio rispetto ad altre situazioni analoghe.³⁰⁴ Di seguito si analizzeranno tre pronunce chiave della Corte di Strasburgo in materia, evidenziandone i principi affermati, l'evoluzione giurisprudenziale in tema di gestazione per altri, le ricadute sistematiche sul diritto interno italiano, nonché i profili critici sollevati dalla dottrina.

Le sentenze *Mennesson* e *Labassee* del 2014 rappresentano due pronunce “gemelle” con cui la Corte EDU affrontò per la prima volta in maniera compiuta il tema del riconoscimento dello *status filiationis* di minori nati da maternità surrogata all'estero. In entrambi i casi, coppie francesi – impossibilitate ad avere figli in modo naturale – avevano fatto ricorso a contratti di surrogazione negli Stati Uniti (rispettivamente in California e Minnesota), dove due donne avevano portato a termine gravidanze per conto delle coppie.³⁰⁵ I bambini nati (due gemelle nel caso *Mennesson*, una bambina nel caso *Labassee*), concepiti con il seme dei padri intenzionali e ovuli di donatrici, erano stati dichiarati figli delle coppie ricorrenti da sentenze dei tribunali americani competenti. Tornati in patria, i coniugi avevano chiesto la trascrizione nei registri dello stato civile francese degli atti di nascita esteri. Le autorità francesi, tuttavia, rifiutarono la trascrizione, ritenendo che essa avrebbe dato effetto a contratti di maternità surrogata nulli e contrari all'ordine pubblico interno (artt. 16-7 e 16-9 Code Civil). Le coppie ricorrenti si trovarono dunque in una situazione di “*status claudicante*”, con figli dotati di un atto di nascita valido all'estero ma privi di riconoscimento legale in Francia, nonostante vivessero stabilmente con i genitori intenzionali. Essi avevano adito la Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 8 CEDU, sostenendo che il diniego di riconoscimento del legame

³⁰³Cfr., M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, Osservatorio Costituzionale, Fasc. n. 1/2017, 18 aprile 2017.

³⁰⁴Cfr., *Mennesson v. France*, ECtHR 26.06.2014, con commento di Marta Requejo, in Conflict of Laws.net, Views and News in Private International Law, 2014

³⁰⁵ I certificati di nascita dei figli dei coniugi Mennesson furono iscritti nei registri delle nascite, dei matrimoni e dei decessi. Tuttavia, il Pubblico Ministero richiese l'annullamento della registrazione. Alla fine, il caso fu esaminato dalla Corte di cassazione francese, la più alta corte giudiziaria del Paese (6 aprile 2011, n. 10-19.053). La Corte suprema respinse le argomentazioni dei genitori intenzionali, affermando che dare effetto a un accordo di maternità surrogata, nullo e contrario all'ordine pubblico (articoli 16-7 e 16-9 del Code Civil), in particolare al principio secondo cui lo stato civile non può essere oggetto di disposizione, è incompatibile con l'ordinamento pubblico internazionale francese. La Corte sottolineò che tale annullamento non impediva ai bambini di vivere con i coniugi Mennesson e non li privava del legame materno e paterno secondo il diritto californiano. Inoltre, la Corte affermò che l'annullamento non violava né il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), né l'interesse superiore del minore (art. 3 Convenzione ONU sui diritti del fanciullo).

di filiazione, pregiudicando l'interesse superiore del minore, impediva ai figli il pieno esercizio del diritto alla vita familiare e privata; inoltre, i ricorrenti nel caso *Mennesson* invocarono anche l'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8, denunciando una disparità di trattamento rispetto ad altre famiglie con figli legalmente riconosciuti.³⁰⁶

Principi affermati – La Corte EDU, investita delle cause *Mennesson* e *Labassee*, ha riconosciuto innanzitutto che tra i ricorrenti sussisteva una vita familiare di fatto ai sensi dell'art. 8 §1 CEDU: i genitori intenzionali avevano agito sin dalla nascita come madre e padre dei minori, costituendo con essi un nucleo familiare stabile e affettivo.³⁰⁷ Il rifiuto di trascrivere le nascite costituiva quindi un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare; tuttavia, dopo aver ponderato gli interessi in gioco, la Corte non ha ravvisato, in quelle circostanze, una violazione dell'aspetto "familiare" dell'art. 8 CEDU. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che le autorità francesi avessero perseguito un legittimo scopo (far rispettare il divieto nazionale di surrogazione, fondato su ragioni di ordine pubblico) senza compromettere in modo sproporzionato la vita familiare dei ricorrenti. Sul punto si è evidenziato come, diversamente dal caso estremo di una separazione forzata del minore dai genitori (esaminato in *Paradiso e Campanelli c. Italia*, § 4.2), nei casi *Mennesson/Labassee* i minori avevano potuto vivere con i genitori intenzionali in Francia fin dalla nascita, in una condizione del tutto analoga a quella di qualunque altra famiglia, senza che vi fosse il rischio di un intervento autoritativo di separazione. In tali circostanze, secondo la Corte, lo Stato francese aveva raggiunto un «*un juste équilibre*» tra gli interessi dei ricorrenti e quelli pubblici, rimanendo entro i limiti del proprio margine di apprezzamento. Si tratta di un punto cruciale: la Francia – dove la surrogazione era ed è vietata – può legittimamente voler scoraggiare il ricorso alla maternità surrogata sul proprio territorio,³⁰⁸ e tale fine può giustificare talune restrizioni; tuttavia, tali restrizioni non devono spingersi fino a ledere il nucleo essenziale dei diritti in gioco, in particolare i diritti dei minori coinvolti.

Parallelamente, infatti, le sentenze *Mennesson* e *Labassee* hanno sancito che la totale mancata considerazione giuridica del legame di filiazione integrava una violazione dell'aspetto "privato"

³⁰⁶ Cfr., Marta Requejo, *Mennesson v. France*, ECtHR 26.06.2014, in Conflict of Laws.net, Views and News in Private International Law, 2014

³⁰⁷ Corte EDU, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*, sentenza del 26 giugno 2014, rispettivamente parr. 45 e 37.

³⁰⁸ Cfr., D. Giunchedi, *La procreazione medicalmente assistita tra istanze di libertà e esigenze di controllo. Profili costituzionali e prospettive comparate*, Tesi di Dottorato, Università di Bologna, ciclo XXXI, 2019 pp. 128 e ss.

dell'art. 8 CEDU, ossia del diritto all'identità personale dei bambini nati tramite surrogazione. La Corte ha sottolineato che un elemento fondamentale della vita privata del minore è la determinazione della propria identità, che include l'affermazione del proprio *status filiationis* all'interno della società.³⁰⁹ Negare ogni riconoscimento legale del rapporto di filiazione significa negare al minore la possibilità di essere giuridicamente figlio dei genitori che lo hanno voluto e accudito, con ripercussioni sulla sua identità civile e sociale. Pertanto, pur riconoscendo il largo margine di apprezzamento di cui gode lo Stato in materia di surrogazione, la Corte ha ritenuto che "l'assenza assoluta di un mezzo di riconoscimento di tale legame" costituisca un'ingerenza eccessiva e sproporzionata rispetto alla soglia minima di tutela garantita dalla Convenzione. In altri termini, l'interesse pubblico a contrastare la surrogazione non può spingersi fino a sacrificare completamente lo *status* familiare del minore, generando un vuoto di tutela. La violazione dell'art. 8 CEDU è stata quindi dichiarata con riguardo al diritto dei minori al rispetto della vita privata, mentre non è stata riscontrata – per le ragioni sopra esposte – relativamente alla vita familiare dei minori e dei genitori intenzionali. La Corte, avendo accertato il *vulnus* ai diritti *ex art. 8*, non ha ritenuto necessario esaminare separatamente il profilo di discriminazione *ex art. 14*, implicitamente assorbito nella propria valutazione.³¹⁰

Le pronunce *Mennesson* e *Labassee* hanno tracciato così i primi confini della giurisprudenza in materia: da un lato legittimità del divieto di surrogazione e ampio margine statale nel perseguire finalità di ordine pubblico (anche a costo di non riconoscere pienamente la genitorialità intenzionale), dall'altro tutela inderogabile dei diritti del minore, che impone allo Stato di garantire comunque al bambino uno *status* giuridico certo nei rapporti di filiazione. La Corte EDU ha in sostanza operato un compromesso, tutelando il *best interest* del minore (diritto all'identità e alla continuità dello *status*) senza obbligare gli Stati ad accettare in toto gli effetti della maternità surrogata. Tale equilibrio è stato raggiunto in forma unanime dalla Sezione, indice di una volontà concorde di salvaguardare i minori senza legittimare apertamente la pratica della surrogazione. La dottrina ha evidenziato come la Corte di Strasburgo abbia privilegiato il profilo della vita privata/identità rispetto a quello della vita familiare proprio per evitare contrasti insanabili: si è parlato al

³⁰⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *C. c. Italia* (ric. n. 47196/21), sentenza del 22 giugno 2023, Prima Sezione.

³¹⁰ I sette ricorrenti, infatti, facendo valere l'articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), si lamentano del fatto che, a discapito del superiore interesse del minore, non siano riusciti a ottenere in Francia il riconoscimento di un rapporto familiare legalmente costituito all'estero. I ricorrenti nel caso *Mennesson*, invocando l'articolo 14 (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'articolo 8, sostengono che, a causa del rifiuto da parte delle autorità francesi, vivono una situazione giuridica discriminatoria rispetto ad altri bambini nell'esercizio del loro diritto al rispetto della vita familiare.

riguardo di “arte del compromesso a Strasburgo”, che ha consentito alla Corte di affermare i diritti dei bambini nati da GPA pur mantenendo un certo deferente riconoscimento delle sensibilità etiche statali.³¹¹ Altri autori hanno salutato queste sentenze come l’inizio della “lenta agonia del limite dell’ordine pubblico” in materia di *status filiationis*³¹², sottolineando come il principio dell’identità personale del figlio tenda ormai a prevalere sulle clausole di ordine pubblico internazionale tradizionalmente opposte al riconoscimento di tali situazioni. In Francia, a seguito di *Mennesson/Labassee*, si è avviato un dibattito sulle soluzioni conformi all’art. 8 CEDU: la *Cour de Cassation* ha chiesto un Parere consultivo alla Grande Camera della Corte EDU proprio sugli sviluppi di questa vicenda³¹³, sollecitando chiarimenti circa le modalità con cui assicurare il diritto all’identità dei minori nati da GPA nel rispetto dell’ordine pubblico interno. La Corte EDU, nel suo Advisory Opinion del 10 aprile 2019 (risposta al *Referral* francese), ha confermato gli orientamenti del 2014: l’art. 8 CEDU esige che l’ordinamento predisponga un “mezzo di riconoscimento” del legame genitoriale tra il bambino nato da surrogata e la madre intenzionale, anche quando quest’ultima non sia il genitore biologico.³¹⁴ Tuttavia, tale riconoscimento non deve avvenire necessariamente tramite la trascrizione integrale dell’atto di nascita estero: la Convenzione lascia agli Stati la libertà di scegliere gli strumenti più idonei (nel rispetto del margine di apprezzamento) purché il risultato sia di garantire in tempi rapidi uno status legale al minore. Nel caso francese, ad esempio, la Corte ritenne ammissibile che il rapporto con la madre d’intenzione fosse riconosciuto per via di adozione del minore, anziché tramite riconoscimento automatico – soluzione poi effettivamente adottata dall’ordinamento francese. In sintesi, la giurisprudenza successiva a *Mennesson/Labassee* ha consolidato il principio che il bambino nato da GPA ha diritto a essere riconosciuto figlio legale almeno del genitore biologico e, in qualche forma, anche del genitore intenzionale non biologico, mentre resta affidata alle scelte nazionali la concreta modalità attuativa (trascrizione, adozione, procedure *ad hoc*), purché efficace e orientata all’interesse del minore. Tale orientamento è stato ribadito, tra l’altro, nella sentenza *D.B. e altri c. Svizzera* (2022), in cui la Corte EDU ha riscontrato la violazione dell’art. 8 sotto il profilo della vita privata del minore per la mancata tutela del legame

³¹¹ Cfr., C. Danisi, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all’identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all’estero? L’arte del compromesso a Strasburgo*, in articolo29.it, 2014.

³¹² Cedu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, (n. 65192/11), e *Labassee c. Francia* e (n. 65941/11), in *Journal du droit international*, 2014, p. 1265-1267; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1122 ss., con commento di C. Campiglio, *Il diritto all’identità personale del figlio nato all’estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell’ordine pubblico)*,

³¹³ Grande Chambre, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019

³¹⁴ Si veda, *D.B. e altri c. Svizzera* (2022) ricorsi nn. 58817/15 e 58252/15

genitoriale, pur continuando a non ravvisare violazioni quanto alla vita familiare degli adulti coinvolti. La tappa più recente e significativa di questa evoluzione giurisprudenziale è costituita dalla pronuncia *C c. Italia* del 2023, di seguito esaminata.

La vicenda *C. c. Italia*³¹⁵ ha posto nuovamente la Corte di Strasburgo di fronte al conflitto tra il rigore del divieto nazionale di surrogazione e la tutela dei diritti di un minore nato all'estero tramite tale pratica. Il caso riguardava una coppia eterosessuale italiana (L.B. e E.A.M.) che nel 2019, dopo aver concluso un contratto di maternità surrogata in Ucraina, è diventata genitore di una bambina *ivi* nata da madre surrogata. La neonata – concepita con il seme del padre intenzionale L.B. e ovulo di una donatrice anonima – risultava, secondo il certificato di nascita ucraino, figlia del padre biologico italiano (L.B.) e della madre d'intenzione (E.A.M.). Tornati in Italia, i genitori hanno chiesto la trascrizione dell'atto di nascita estero nei registri dello stato civile italiano. Le autorità italiane hanno opposto un rifiuto, motivato con la contrarietà della surrogazione di maternità all'ordine pubblico nazionale, in base al divieto sancito dall'art. 12 della legge n. 40/2004). In particolare, l'ufficiale di stato civile e poi i giudici italiani aditi si sono rifiutati non solo di trascrivere integralmente l'atto (che indicava come madre legale una donna diversa dalla partoriente, in violazione del principio *mater semper certa est*), ma persino di effettuare una trascrizione parziale limitata alla paternità biologica del ricorrente L.B. – soluzione che era stata richiesta in subordine, per lo meno al fine di riconoscere il legame padre-figlia. Tale situazione ha lasciato la bambina in un limbo giuridico: apolide, priva di cittadinanza italiana, formalmente senza alcun genitore riconosciuto in Italia, e affidata di fatto alla sola cura della coppia intenzionale.

Adendo la Corte EDU, i ricorrenti (agendo in nome della figlia minore) hanno denunciato la violazione dell'art. 8 CEDU sotto il duplice profilo della vita familiare e privata. In sintesi, la lamentela era che il rifiuto di qualunque riconoscimento in Italia del rapporto di filiazione – già validamente stabilito in Ucraina – impediva di fatto alla bambina di vedersi riconosciuta come figlia del proprio padre biologico e della madre intenzionale, con grave pregiudizio per i suoi diritti e la sua identità personale. Lo Stato italiano, dal canto suo, sosteneva la legittimità del proprio operato richiamando il divieto di maternità surrogata, posto a tutela di valori fondamentali (dignità della gestante, ecc.) e dell'ordine pubblico, e argomentava che comunque esisteva nell'ordinamento uno strumento alternativo per regolarizzare il legame madre-figlia – ossia l'adozione in casi particolari – cui però la ricorrente non aveva fatto ricorso.

³¹⁵ Corte EDU, *C c. Italia*, Prima Sezione, sentenza 31 agosto 2023, ric. n. 47196/21

La Corte EDU, nella sentenza del 2023, ha sostanzialmente confermato e affinato i principi già delineati nei precedenti del 2014, applicandoli al contesto italiano. In primo luogo, ha ribadito che il rifiuto opposto dalle autorità costituisce un'ingerenza nel diritto della minore al rispetto della vita privata (art. 8), poiché incide sulla determinazione della sua identità personale e del suo *status* familiare. Tale ingerenza, per non tradursi in violazione convenzionale, deve soddisfare i criteri di legalità, legittimità dello scopo e necessità/proporzionalità previsti dall'art. 8 §2. Nel caso in esame, la Corte ha riconosciuto che l'interferenza era “prevista dalla legge” (essendo il divieto di surrogazione sancito dall'ordinamento italiano) ed era volta a perseguire un fine legittimo, cioè la tutela di importanti interessi pubblici – i diritti delle donne e dei minori, la prevenzione di pratiche commerciali – rientranti nell'ordine pubblico nazionale. Ciò soddisfaceva i primi due requisiti. La questione cruciale era dunque la proporzionalità dell'ingerenza: in altri termini, se il rifiuto assoluto di riconoscere qualsiasi legame genitoriale in Italia fosse necessario in una società democratica, oppure se andasse oltre quanto consentito dal margine di apprezzamento statale in materia.

Nel valutare la proporzionalità, la Corte ha richiamato espressamente il principio, già affermato in *Mennesson/Labassee*, per cui il diritto al rispetto della vita privata del minore esige che lo Stato gli offra la possibilità di veder riconosciuto il rapporto di filiazione che lo lega ai genitori intenzionali. Ciò rappresenta l'elemento centrale della tutela convenzionale in questi casi, essendo in gioco l'identità del bambino. La Corte ha quindi verificato se l'ordinamento italiano mettesse a disposizione “un mezzo efficace e rapido” per arrivare a tale riconoscimento. A riguardo, pur non ritenendo obbligatoria la trascrizione dell'atto di nascita straniero (lasciando allo Stato la scelta del metodo, in ossequio al margine di apprezzamento)³¹⁶, la Corte di Strasburgo ha sottolineato che qualsiasi procedura alternativa deve rispettare alcuni requisiti minimi di effettività. In particolare, la soluzione giuridica nazionale dovrebbe presentare queste caratteristiche fondamentali:

Assenza di formalismi eccessivi, tali da vanificare la tutela sostanziale dell'interesse del minore per mere questioni procedurali. In altre parole, la via di riconoscimento offerta non deve essere irta di ostacoli burocratici o cavilli che ne rendano difficoltosa o lenta l'attuazione, perché ciò contrasterebbe con l'urgenza di assicurare al bambino uno *status* certo.

³¹⁶ L'impossibilità assoluta di riconoscere giuridicamente il rapporto di filiazione costituisce, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, un'interferenza eccessiva e sproporzionata con il diritto al rispetto della vita privata e familiare, non conforme alla soglia minima di protezione richiesta dalla Convenzione (Corte EDU, D.B. e altri c. Svizzera). Tuttavia, la stessa Corte ha precisato che non esiste un obbligo generalizzato di trascrivere automaticamente gli atti di nascita formati all'estero: spetta agli Stati determinare, nel rispetto del margine di apprezzamento loro riconosciuto, gli strumenti giuridici più appropriati per assicurare il riconoscimento del legame derivante dallo *status filiationis*.

Collaborazione attiva tra autorità e parti, mirando a individuare soluzioni concrete che tutelino l'interesse superiore del minore. I giudici nazionali, in particolare, dovrebbero farsi promotori di un esito conforme al benessere del bambino, indicando ai genitori il percorso praticabile per ottenere il riconoscimento legale del rapporto di filiazione, anziché limitarsi a un diniego formale.

Nel caso concreto, la Corte ha rilevato che queste condizioni non erano state soddisfatte. Le autorità italiane, infatti, hanno negato sia la trascrizione integrale sia quella parziale dell'atto di nascita e non hanno indicato alcuna alternativa ai ricorrenti. In particolare, il rifiuto opposto dal tribunale ha chiuso ogni strada, lasciando la minore priva di ogni legame di parentela giuridicamente riconosciuto e persino senza la cittadinanza italiana (dovuta *jure sanguinis* se fosse stato riconosciuto il padre biologico). Questa totale inerzia del sistema italiano ha prodotto – osserva la Corte – una “grave situazione di incertezza giuridica” per la bambina, minando il suo diritto all'identità personale in modo sproporzionato. Alla luce di ciò, la Corte EDU ha dichiarato la violazione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata del minore.³¹⁷

È importante sottolineare che la condanna riguarda specificamente la mancata tutela del legame con il padre biologico. Diversamente dalla Francia nei casi del 2014, dove almeno uno dei genitori intenzionali (il padre genetico) veniva di fatto riconosciuto dalle autorità – se non altro attraverso la possibilità di trascrivere la paternità o altri espedienti –, nel caso italiano la bambina è rimasta priva persino della figura paterna sul piano legale. La Corte considera questo esito incompatibile con l'interesse superiore del minore, tanto più considerando che il legame biologico padre-figlio era accertato e incontestato. D'altro canto, la posizione della madre d'intenzione è stata valutata separatamente. Su questo fronte, la Corte EDU ha escluso la violazione dell'art. 8, rilevando che l'ordinamento italiano già prevede un mezzo giuridico per stabilire un rapporto legale tra il minore e il genitore intenzionale non biologico: la adozione “in casi particolari”. Richiamando la giurisprudenza nazionale (Cassazione e Corte Costituzionale), i giudici di Strasburgo notano che tale forma di adozione, *ex art. 44, co. 1, lett. d) L. 184/1983*, è applicabile ai bambini nati da maternità surrogata, consentendo al *partner* del genitore biologico di adottare il minore senza recidere il legame di quest'ultimo. Nel caso di specie, la madre intenzionale non aveva intrapreso questo percorso adottivo, pur essendo astrattamente disponibile; pertanto la Corte non ha ritenuto violato il diritto alla vita familiare della coppia nella parte relativa al riconoscimento della maternità legale della donna. In sintesi, *C. c. Italia* sanziona il vuoto di tutela creatosi attorno alla posizione

³¹⁷ European Court of Human Rights, Press Unit, ‘Factsheet – Gestational Surrogacy’, September 2023, p. 8.

della bambina e del suo padre naturale, ma al contempo lascia impregiudicata la facoltà dello Stato di mantenere una disciplina rigorosa quanto al riconoscimento della madre d'intenzione, ritenendo sufficiente – allo stato – l'istituto dell'adozione particolare come via per soddisfare le esigenze del minore anche su tale versante.

La sentenza *C. c. Italia* rappresenta un ulteriore sviluppo nella giurisprudenza sulla GPA, ed ha immediate conseguenze per il nostro ordinamento. Da un lato, la pronuncia conferma l'obbligo positivo a carico dello Stato di assicurare, in un modo o nell'altro, il riconoscimento giuridico del legame di filiazione con almeno un genitore (quello biologico) del nato da surrogata. Dall'altro, lascia invariata la facoltà dello Stato di scegliere gli strumenti attraverso cui garantire tale risultato, non imponendo l'automatica trascrizione degli atti stranieri se esistono alternative valide. In applicazione di questi principi, l'Italia sarà tenuta ora a rimuovere gli ostacoli che hanno finora impedito perfino la registrazione della paternità biologica in casi simili. Ciò potrà avvenire, ad esempio, tramite una più flessibile interpretazione delle norme sull'ordine pubblico nei procedimenti di trascrizione (ammettendo la trascrizione parziale dell'atto estero limitatamente al padre genetico), oppure attraverso procedure giudiziarie *ad hoc* che riconoscano la filiazione su istanza del genitore biologico. Un adeguamento legislativo non è escluso: la Corte Costituzionale italiana, già con la sentenza n. 33/2021 (ordinanza di “rinvio a legislatore”) e poi con la n. 79/2022, ha esortato il Parlamento a intervenire in materia, ritenendo l'attuale quadro normativo insoddisfacente e indicando nell'adozione in casi particolari una soluzione tampone, ma non definitiva. In particolare, la Consulta ha evidenziato che l'adozione *ex art. 44*, pur aprendo uno spiraglio di legalità, non equipara pienamente lo *status* del figlio a quello di una filiazione biologica riconosciuta alla nascita: essa infatti non attribuisce automaticamente il cognome dell'adottante e lascia alcuni margini di differenza rispetto all'adozione legittimante piena (ad esempio in materia di successione). Parte della dottrina critica questo assetto, sostenendo che far ricorso all'adozione in casi particolari – spesso dopo lunghe battaglie giudiziarie – ritarda e frammenta la tutela dei minori nati da GPA, compromettendo il principio di uguaglianza rispetto agli altri bambini. Si evidenzia come il minore, del tutto innocente rispetto alle modalità della propria nascita, subisca le conseguenze di un veto normativo che mira a sanzionare una pratica giudicata riprovevole, con il rischio di una sorta di “colpa d'origine” scaricata sul figlio. Secondo questa impostazione, il superiore interesse del minore dovrebbe prevalere su ogni considerazione punitiva verso gli adulti

coinvolti, imponendo riconoscimenti immediati dello *status filiationis* e trattamenti paritari.³¹⁸ Altri autori, invece, pur concordando sulla necessità di tutelare i diritti del bambino, mettono in guardia dal creare meccanismi che possano indirettamente favorire il ricorso alla surrogazione eludendo i divieti nazionali. Essi sottolineano che il mantenimento di un divieto rigoroso (anche con sanzioni penali, come in Italia) risponde alla tutela di valori etici e alla prevenzione di possibili sfruttamenti; pertanto, le soluzioni adottate non dovrebbero indebolire la funzione dissuasiva della norma. La sfida, in chiave sistematica, è trovare un equilibrio in cui la dignità dell'ordinamento interno – che rifiuta la mercificazione della maternità – conviva con la dignità del minore – che esige di non essere trattato come un non-figlio. La giurisprudenza europea, con le pronunce esaminate, sta progressivamente delineando un percorso in tal senso: il messaggio che emerge da Strasburgo è che «il migliore interesse del bambino deve prevalere», ma al contempo gli Stati conservano un margine per definire le modalità di tutela che risultino compatibili con i propri principi fondamentali.

Se inizialmente la Corte EDU aveva adottato un approccio prudente – riconoscendo il diritto all'identità del bambino ma lasciando ampia discrezionalità sugli strumenti –, le più recenti pronunce e opinioni consultive hanno chiarito che il nucleo essenziale di tale diritto non può essere frustrato: il legame genitoriale fondamentale (quantomeno con il padre o madre biologico) deve trovare ingresso nell'ordinamento interno, pena la violazione della Convenzione.³¹⁹ Resta aperto il dibattito su come garantire pienamente anche il riconoscimento del genitore non biologico: la soluzione dell'adozione, per quanto apprezzata dalla Corte europea come mezzo legittimo, continua a sollevare perplessità in dottrina per le sue limitazioni pratiche. Sarà compito del legislatore nazionale, sollecitato sia dalla Corte EDU sia dalla Consulta, approntare una disciplina equilibrata che, pur mantenendo il divieto di surrogazione in linea con i valori dell'ordinamento italiano, preveda procedure chiare e celeri per attribuire ai nati all'estero lo *status* di figlio, assicurando così ad ogni bambino il diritto di crescere con una identità familiare riconosciuta e libera da stigmatizzazioni. Solo così potrà dirsi realmente composto il delicato bilanciamento tra l'esigenza di contrastare pratiche ritenute lesive della dignità umana e l'irrinunciabile tutela dei diritti fondamentali dei minori coinvolti.

³¹⁸ Cfr., D. Giunchedi, *La procreazione medicalmente assistita tra istanze di libertà e esigenze di controllo. Profili costituzionali e prospettive comparate*, Tesi di Dottorato, Università di Bologna, ciclo XXXI, 2019, pp. 128 e ss.

³¹⁹ Corte EDU, *D. c. Francia*, 16 luglio 2020, par. 51 e 66, citato in sent. n. 33/2021 della Corte Costituzionale

CAPITOLO III

UNIVERSALITÀ E CRITICITÀ DELLA FATTISPECIE: PROSPETTIVE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. L'universalità del reato: principi e finalità - 2. L'universalità applicata alla surrogazione: limiti e criticità - 3. Analisi critica dei profili di legittimità costituzionale - 3.1. Possibili profili di discriminazione - 3.2. Libertà fondamentali e bilanciamento con la dignità - 3.3. Principi di legalità, offensività e proporzionalità - 3.4. Conclusione: esigenze punitive e controlli costituzionali - 4. Analisi delle proposte di modifica per una disciplina più equilibrata - 5. La possibilità di legalizzare la GPA altruistica: opportunità e rischi

§ 1. L'universalità del reato: principi e finalità

L'espressione "*reato universale*", sebbene priva di riconoscimento tecnico-giuridico, è spesso utilizzata in dottrina per designare ipotesi di estensione extraterritoriale della punibilità. Nel caso della maternità surrogata, tale formula va dunque intesa con finalità descrittive, non dogmatiche. Con la legge 4 novembre 2024, n. 169, il legislatore italiano ha trasformato la fattispecie della maternità surrogata in un reato a carattere "universale", estendendone la punibilità anche alle condotte commesse all'estero da cittadini italiani. In particolare, tale legge – comunemente nota come "legge Varchi" dal nome della sua prima firmataria – ha modificato l'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (in materia di procreazione medicalmente assistita), aggiungendo al comma 6 un ultimo periodo di esplicita portata extraterritoriale. La nuova disposizione stabilisce che «Se i fatti [...] con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino

CAPITOLO III

italiano è punito secondo la legge italiana».¹ Viene così colmata la precedente lacuna normativa: in assenza di questo intervento, il divieto penalmente sanzionato di cui all'art. 12, co.6, l. 40/2004 restava confinato al territorio nazionale, escludendo la punibilità di condotte integralmente realizzate fuori dai confini della Repubblica. La Cassazione, infatti, aveva più volte affermato che il reato di surrogazione di maternità – così come originariamente formulato – non trovava applicazione per fatti commessi all'estero, mancando qualunque frammento di condotta sul suolo italiano.²

Con la legge n. 169/2024, questo limite è stato superato: la surrogazione di maternità, già vietata e sanzionata sul piano interno, diviene ora perseguibile penalmente anche oltre frontiera, purché posta in essere da un soggetto in possesso della cittadinanza italiana. In altri termini, l'ordinamento afferma la propria giurisdizione su tali condotte indipendentemente dal luogo in cui avvengono, conferendo al reato una dimensione universale (quantomeno rispetto agli autori cittadini italiani). Questa scelta legislativa, di notevole portata innovativa nel panorama nazionale, ha immediatamente riportato al centro del dibattito giuridico le problematiche insite nell'estensione extraterritoriale della punibilità del reato di surrogazione di maternità.³ Di seguito verranno analizzati i presupposti teorico-normativi di tale estensione (il cosiddetto principio di universalità nel diritto penale) e le ragioni addotte a suo sostegno, per poi offrire una prima ricognizione delle principali criticità applicative emerse.

L'estensione della punibilità di un reato al di fuori dei confini nazionali trova fondamento nel principio di universalità del diritto penale, uno dei criteri di deroga al principio generale di territorialità. In base al principio di territorialità (sancito dall'art. 6 c.p.), la legge penale italiana si applica di regola ai fatti commessi nel territorio dello Stato. Tuttavia, l'ordinamento prevede importanti eccezioni che consentono di assoggettare alla legge italiana anche reati commessi all'estero, in presenza di determinate condizioni. Tali eccezioni, disciplinate dagli artt. 7–10 c.p., si basano su diversi criteri di collegamento extraterritoriale, tra cui: il principio di personalità attiva (che riguarda reati commessi all'estero da cittadini italiani), il principio di personalità passiva (reati commessi all'estero in danno di cittadini italiani), il principio di protezione o reale (reati che

¹ Cit. Legge 19 febbraio 2004, n. 40 "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004, art. 12 comma 6.

² Si veda, in tal senso, Corte di cassazione, Sezione V penale, Sentenza 10 marzo 2016, n. 13525.

³ Cfr., V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, in «La legislazione penale», 2024, pp. 2-5.

CAPITOLO III

offendono interessi essenziali dello Stato, come la sicurezza o la fede pubblica) e, appunto, il principio di universalità in senso stretto (reati perseguiti indipendentemente da qualsiasi legame nazionale, in forza di disposizioni speciali o obblighi internazionali).⁴

Nell'ordinamento italiano, l'art. 7 c.p. individua una serie di reati commessi all'estero punibili incondizionatamente, a prescindere dalla nazionalità dell'autore, quando ricadono in categorie di particolare gravità (si pensi ai delitti contro la personalità dello Stato, alla contraffazione di monete o ai delitti commessi da pubblici ufficiali italiani all'estero abusando delle loro funzioni). Inoltre, la medesima norma (art. 7, n. 5 c.p.) prevede l'applicazione della legge italiana "ad ogni altro reato per il quale sia stabilita da speciali disposizioni di legge [...] l'applicabilità della legge penale italiana". Proprio su questa clausola di apertura si innesta la scelta del legislatore del 2024: la criminalizzazione "universale" della maternità surrogata costituisce infatti una speciale disposizione di legge che rende applicabile la legge penale italiana a un fatto commesso all'estero, facendolo rientrare tra le eccezioni contemplate dal principio di universalità.⁵

Accanto ai reati universalmente punibili *ex art. 7 c.p.*, gli artt. 8, 9 e 10 c.p. disciplinano invece i casi in cui un reato estero è punibile a condizioni. In particolare, l'art. 9 c.p. si riferisce al "delitto comune del cittadino commesso all'estero", stabilendo una serie di condizioni perché un cittadino italiano possa essere perseguito in patria per un fatto commesso oltre confine. Tali condizioni comprendono, tra l'altro: la natura delittuosa dell'illecito (sono escluse le mere contravvenzioni), la presenza dell'agente nel territorio dello Stato e, in molti casi, l'esistenza di una richiesta del Ministro della giustizia o di una querela/istanza da parte della persona offesa. Inoltre, quando il reato commesso all'estero dal cittadino non lede interessi dello Stato o di cittadini italiani, la prassi richiede solitamente anche il rispetto del principio di doppia incriminazione (ossia che il fatto sia previsto come reato anche nell'ordinamento in cui è stato compiuto), salvo diversa previsione legislativa.⁶ Proprio per la surrogazione di maternità, prima della riforma, la combinazione di questi requisiti rendeva praticamente impossibile procedere penalmente: le condotte tipiche (realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione di una gestazione per altri) avvenivano integralmente all'estero, spesso in paesi ove tali pratiche sono lecite, e l'ordinamento italiano – in difetto di una norma *ad*

⁴ Cfr., C. E. Paliero., *Il sistema penale*, Torino, 2024, pp. 164 - 174.

⁵ Cfr., C. E. Paliero., *Op. Cit.*

⁶ *Infra*, M. A. Pasculli, *Universale, particolare: la maternità surrogata tra amore "senza confini" e necessari limiti di legge*, in «AmbienteDiritto», XXIV, n. 2/2024, pp. 9 e ss.

CAPITOLO III

hoc – non poteva superarne la territorialità. La legge n. 169/2024 ha introdotto una deroga specifica a questo assetto: prevedendo espressamente la punibilità del cittadino italiano per il reato di maternità surrogata commesso all'estero, essa scavalca le condizioni dell'art. 9 c.p. (quali la richiesta ministeriale o la verifica del fatto nel territorio) e prescinde dal requisito della doppia incriminazione. In sostanza, con un intervento mirato sull'art. 12, co.6, l. 40/2004, il legislatore ha attivato il meccanismo previsto dall'art. 7, n. 5 c.p., equiparando la surrogazione di maternità – limitatamente agli autori cittadini – ai reati a punibilità incondizionata sul piano spaziale. Questo colloca la fattispecie nell'alveo del principio di universalità del diritto penale italiano, accanto ad ipotesi eccezionali analoghe (ad esempio, in passato, sono state introdotte norme di portata extraterritoriale per perseguire pratiche quali le mutilazioni genitali femminili o il turismo sessuale ai danni di minori, anche quando realizzati all'estero da cittadini italiani).⁷ Il quadro normativo di riferimento, dunque, offre la base teorica-legale per comprendere la scelta operata: il nostro ordinamento conosceva già strumenti atti a espandere la propria sfera punitiva oltre i confini nazionali in presenza di beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela "universale". La novità sta nell'oggetto di tale estensione: l'incriminazione della gestazione per altri al di là del territorio nazionale rappresenta un *unicum* nel suo genere, data la natura etico-sociale del fenomeno e l'assenza, a livello internazionale, di una condanna univoca paragonabile a quella riservata ad altri crimini universalmente perseguiti (come, ad esempio, la pirateria o i crimini contro l'umanità).

Le ragioni addotte a sostegno dell'introduzione di un reato universale di maternità surrogata sono principalmente legate alla volontà di rafforzare il divieto già esistente e di evitarne l'aggiramento tramite il ricorso a questa pratica all'estero. In sede parlamentare⁸ e nel dibattito pubblico, la surrogazione di maternità è stata rappresentata come una condotta dal forte disvalore, tale da richiedere una tutela penale che prescinda dai confini geografici. Si è osservato, in particolare, che il divieto di gestazione per altri, sancito in Italia fin dal 2004, risponde alla tutela di beni di rango fondamentale: la dignità della donna (tutelando la gestante da possibili forme di sfruttamento o

⁷ *Infra*, G. L. Gatta., *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, fasc. 5, 2023, p. 6; C. Cantone, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale e il "modello italiano" tra presente e futuro*, in *Il Mulino – Rivistaweb*, fasc. 3, 2022, p. 464

⁸ Si vedano in tal senso, Camera dei Deputati, Dibattiti parlamentari in Aula sulla gestazione per altri, sedute del 19 giugno e 18 luglio 2023, disponibili su WebTV Camera dei Deputati: Seduta del 19 giugno 2023, discussione generale sulla proposta di legge Varchi ed altri (modifica all'art. 12 della legge n. 40/2004, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano): <https://webtv.camera.it/evento/22759>
Seduta del 18 luglio 2023, esame e votazione delle questioni pregiudiziali di costituzionalità riferite alla medesima proposta di legge: <https://webtv.camera.it/evento/23035>

CAPITOLO III

mercificazione del proprio corpo) e la dignità del nascituro, nonché l'ordine pubblico in materia di stato della persona.⁹ La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, intervenendo poco prima della riforma, aveva ribadito che il divieto di maternità surrogata costituisce un principio di ordine pubblico, posto a salvaguardia di valori etico-sociali irrinunciabili dell'ordinamento italiano.¹⁰ In tale prospettiva, rendere la surrogazione un reato punibile anche *ultra limes* è apparso al legislatore una scelta coerente per presidiare efficacemente quei valori: se una pratica “offende in modo intollerabile la dignità” della gestante e “mina nel profondo le relazioni umane”¹¹, allora essa deve essere contrastata ovunque si realizzi, senza che il trasferimento della condotta in un paese più permissivo ne consenta la impunità.

Un'altra giustificazione di ordine pratico è stata la necessità di impedire il c.d. turismo procreativo o riproduttivo: negli ultimi anni numerose coppie residenti in Italia, impossibilitate ad avere figli (per infertilità biologica o perché coppie omosessuali, alle quali l'adozione risulta preclusa), hanno fatto ricorso alla maternità surrogata in paesi esteri dove tale pratica è legale e regolamentata. Questo fenomeno di elusione transnazionale del divieto interno è stato percepito come una frustrazione dell'efficacia della legge italiana: in assenza di sanzioni, il divieto interno rischiava di rimanere simbolico, facilmente aggirato da chi avesse mezzi e volontà per rivolgersi oltreconfine.¹² L'estensione della punibilità anche all'estero è quindi presentata come uno strumento per dare effettività al precetto penale, chiudendo la via di fuga rappresentata dall'ordinamento straniero più permissivo. Dal punto di vista politico-criminale, si è trattato di una scelta punitiva di carattere esemplare e dissuasivo, con l'intento di affermare con forza il principio che nessun cittadino italiano possa sottrarsi alla norma penale nazionale semplicemente spostandosi altrove per compiere ciò che in patria è vietato. In questo senso, l'incriminazione universale della surrogazione di maternità svolge anche una funzione dichiarativa: il legislatore ha voluto ribadire che l'ordinamento non tollera tale pratica in assoluto, qualificandola come reato anche quando le circostanze concrete (luogo di esecuzione e, talvolta, consenso delle parti) potrebbero farla apparire socialmente lecita o neutra. Si configura, pertanto, un forte messaggio normativo di tutela di principi etici considerati

⁹ *Infra*, cap. II, § 2.1.4

¹⁰ Si veda, Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162, con nota di G. Mingardo, *‘Le Sezioni Unite si pronunciano (nuovamente) sulla gestazione per altri: è stato detto davvero tutto?’*, Nomos. Le attualità nel diritto, 1/2023

¹¹ Cit., Corte Costituzionale, Sentenza n. 272 del 18 dicembre 2017.

¹² *Infra*, Senato della Repubblica – Servizio Studi, Dossier sull'A.S. n. 824. Disposizioni in materia di maternità surrogata, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli., p.8.

CAPITOLO III

fondamentali: la volontà di proteggere la maternità da logiche contrattuali e commerciali e di garantire che la filiazione non sia oggetto di accordi che prescindono dal legame biologico e dall'adozione legale.¹³

È importante sottolineare che tali giustificazioni si collocano nell'alveo di una visione statuale della sovranità e dell'ordine pubblico: lo Stato italiano rivendica il diritto di regolare in maniera inderogabile rapporti ritenuti essenziali (quali quelli riguardanti la procreazione e la famiglia), anche rispetto ai propri cittadini operanti all'estero. In altre parole, la scelta legislativa è stata presentata come necessaria per salvaguardare la coerenza e la tenuta dei valori dell'ordinamento, evitando che essi vengano vanificati da comportamenti compiuti altrove. Dal punto di vista giuridico, come visto, questa estensione è resa possibile dagli strumenti offerti dal codice penale stesso (art. 7 c.p.): il legislatore ha semplicemente deciso di farvi ricorso in un ambito – quello della maternità surrogata – che fino a pochi anni fa non rientrava tra le ipotesi tradizionali di punibilità extraterritoriale. La *ratio legis*, dunque, combina motivazioni etico-sociali (tutela della dignità umana e dei legami familiari “naturali”) e motivazioni pratiche di politica criminale (evitare zone franche, garantire l'effettività del divieto). Tali motivazioni emergono chiaramente sia nei lavori preparatori sia nei commenti a margine della riforma, delineando un quadro in cui la penalità viene utilizzata come strumento di affermazione di un principio ritenuto non negoziabile.¹⁴

Difatti, l'universalizzazione del reato di maternità surrogata rappresenta una scelta normativa di forte impatto, sorretta da finalità simboliche, ideologiche e di politica criminale, che mira a rafforzare l'effettività del divieto interno estendendone la portata al di fuori del territorio nazionale. Attraverso il richiamo alla clausola di apertura dell'art. 7 c.p., il legislatore parrebbe aver voluto ribadire in modo netto l'incompatibilità di tale pratica con i valori fondamentali dell'ordinamento italiano, qualificandola come condotta penalmente rilevante anche quando compiuta all'estero dal cittadino. Tuttavia, come si vedrà nel paragrafo successivo, questa estensione della punibilità solleva non poche problematiche sul piano sistematico e applicativo, che meritano un'analisi autonoma.

¹³ Cfr., P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.353-367.

¹⁴ Si veda in tal senso, Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura

§ 2. L'universalità applicata alla surrogazione: limiti e criticità

Come già anticipato, la legge 4 novembre 2024, n. 169 ha esteso la punibilità del reato di surrogazione di maternità anche ai fatti commessi all'estero da cittadino italiano, intervenendo sull'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004. La formulazione della norma rappresenta una deroga esplicita al regime ordinario dell'art. 9 c.p., adottando incondizionatamente il criterio di personalità attiva per l'esercizio della giurisdizione penale sui cittadini italiani all'estero. In altri termini, il legislatore ha “ricollocato” il delitto di surrogazione commesso all'estero sotto l'egida dell'art. 7 c.p., comma 1, n. 5) (che richiama i reati per i quali «speciali disposizioni di legge... stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana»). Ciò consente di prescindere dalle condizioni ordinariamente richieste dall'art. 9 c.p., come la presenza del reo nel territorio dello Stato e soprattutto il filtro politico del Ministro della giustizia. Ne risulta un'applicazione extraterritoriale “rafforzata”, analoga a quella dei reati di portata universale ex art. 7 c.p., ma limitata ai soli cittadini italiani – dunque informata al principio di personalità in senso stretto.¹⁵ Questa scelta normativa solleva immediate questioni interpretative: da un lato, occorre stabilire la corretta coordinazione con le regole generali del codice penale; dall'altro, emergono dubbi sul rispetto dei principi fondamentali del diritto penale, quali il principio di legalità e di offensività, che saranno approfonditi *infra* (v. par. 3) in sede di analisi della legittimità costituzionale dell'incriminazione extraterritoriale.

Dal punto di vista tecnico-giuridico, l'opzione legislativa seguita dalla l. 169/2024 comporta che la surrogazione di maternità, pur punita con una pena relativamente mite (reclusione massima di 2 anni), sia sottratta alle condizioni di procedibilità e ai limiti previsti per i delitti comuni del cittadino commessi all'estero. In particolare, non è più necessaria la richiesta di procedere da parte del Ministro (prevista per i delitti puniti con pena inferiore a 3 anni¹⁶) e viene meno il presupposto della presenza dell'imputato in Italia. La punibilità diviene quindi automatica al ricorrere dei meri requisiti della cittadinanza italiana dell'agente e della commissione del fatto incriminato all'estero. Questo assetto, di fatto, “assimila” la maternità surrogata a reati di competenza quasi-universale (quali quelli contro la personalità dello Stato) pur trattandosi di una fattispecie di tutt'altra natura. La dottrina non ha mancato di evidenziare la criticità di tale assimilazione, rilevando come essa appaia sproporzionata rispetto alla diversa *ratio* che tradizionalmente giustifica le deroghe al

¹⁵ *Infra*, M. Zincani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10

¹⁶ Codice Penale, art. 9, co. 2, approvato con R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398, pubblicato in G.U. 26 ottobre 1930, n. 251.

CAPITOLO III

principio di territorialità (di norma legate alla tutela di interessi sovrani o alla repressione di crimini di eccezionale gravità)¹⁷. Si è osservato, ad esempio, che far rientrare la surrogazione di maternità nello schema dell'art. 7 c.p. rischia di attribuirle un disvalore “universale” non condiviso a livello internazionale, con possibili tensioni sul piano dei principi di offensività e frammentarietà del diritto penale (su cui v. *infra*, par. 3).

Un ulteriore profilo di difficoltà interpretativa concerne il coordinamento tra la nuova norma italiana e gli ordinamenti degli Stati esteri in cui la pratica viene posta in essere. La scelta di punire il cittadino italiano per una condotta eventualmente lecita all'estero pone infatti il problema del principio di doppia incriminazione. Tradizionalmente, la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate se l'art. 9 c.p., pur non menzionandola espressamente, postulasse implicitamente la necessità che il fatto fosse previsto come reato anche dalla legge del *locus commissi delicti*. Nel caso della maternità surrogata, la questione non è meramente teorica: gli ordinamenti stranieri offrono un panorama estremamente eterogeneo, che spazia dalla totale liceità della gestazione per altri (spesso regolamentata in dettaglio) sino al divieto assoluto sanzionato penalmente, con molte varianti intermedie¹⁸ (distinguendo ad es. tra surrogazione altruistica e commerciale, requisiti dei richiedenti, etc.). Ne consegue che l'applicazione extraterritoriale della norma italiana può dar luogo a asimmetrie radicali: un cittadino potrebbe essere condannato in Italia per un fatto compiuto in un contesto estero ove non solo è lecito, ma è magari presidiato da garanzie medico-legali e da un riconoscimento formale dei rapporti di filiazione.

Prima della riforma del 2024, l'incertezza interpretativa sul punto era tale che alcuni giudici avevano finito per valorizzare *de facto* il requisito della doppia incriminazione. Emblematico è il caso deciso dalla Cassazione, relativo a una coppia che aveva avuto un figlio tramite maternità surrogata in Ucraina (Paese in cui ciò è lecito).¹⁹ In quella pronuncia – resa *ante* riforma – la Suprema Corte ha escluso la punibilità dei genitori, riconoscendo che «non commettono reato i genitori del bambino nato da madre surrogata se nel Paese estero tale pratica è lecita». Pur senza affermare esplicitamente l'obbligo della doppia incriminazione, la Cassazione ha rilevato che la

¹⁷ Cfr. M. Zincani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10

¹⁸ A tal proposito, si veda, Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., King, D., Marzo, C., & McCandless, J.. *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE: sintesi dello studio comparativo*. Direzione Generale delle Politiche Interne, Dipartimento Tematico C: Diritti dei cittadini e affari costituzionali, Parlamento Europeo. Documento PE 474.403, 2013

¹⁹ *Infra*, Corte di Cassazione, Sez. V Penale, sentenza n. 13525 del 5 aprile 2016

CAPITOLO III

coppia versava in un errore inevitabile sulla portata dell'art. 9 c.p., convinta che la punibilità richiedesse anche la previsione del reato nell'ordinamento straniero. In tal modo, l'esito pratico è stato di negare la condanna in assenza di illiceità nel *locus commissi*, equiparando sostanzialmente il caso a quello di un fatto non incriminato all'estero. Questa soluzione, fondata sulle "incertezze" giurisprudenziali e sul principio di stretta legalità (art. 7 CEDU)²⁰, metteva in luce un aspetto cruciale: la difficoltà, sul piano sistematico, di sanzionare penalmente condotte che l'ordinamento straniero legittima e regola.

La legge n. 169/2024, chiarendo testualmente la punibilità a prescindere dal luogo di commissione, intende superare tali incertezze eliminando ogni residuo spazio al principio di doppia incriminazione. Di conseguenza, oggi il cittadino italiano sa con certezza di essere perseguibile secondo la legge nazionale anche se opera in un Paese ove la surrogazione è consentita. Questo allineamento alla stretta legalità formale, tuttavia, acuisce i problemi di coordinamento tra ordinamenti. Sul piano pratico, infatti, l'assenza di una base incriminatrice comune rende problematica la cooperazione internazionale: ad esempio, una rogatoria per acquisire documenti o prove in uno Stato in cui la GPA è lecita potrebbe non trovare accoglimento, mancando il requisito della doppia incriminazione previsto in molte convenzioni di assistenza giudiziaria. Analogamente, un'eventuale richiesta di estradizione di soggetti coinvolti verrebbe presumibilmente rifiutata dalle autorità dello Stato estero, stante la liceità del fatto.²¹ In definitiva, la nuova disciplina – pur legittima dal punto di vista della sovranità punitiva dello Stato – creerebbe una frattura con gli ordinamenti esteri, ponendo l'Italia in una posizione potenziale di isolamento normativo su una materia eticamente sensibile. Tali profili di frizione con il contesto internazionale e sovranazionale potrebbero avere risvolti critici, ad esempio in relazione al principio di leale cooperazione nell'UE²² e al mutuo riconoscimento degli *status* familiari (su cui v. *infra*, par. 4).

²⁰ La Corte, nel tentativo di offrire chiarezza interpretativa a fronte dell'incertezza giurisprudenziale maturata in materia, ha richiamato il principio di legalità sancito dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sottolineando la necessità che la legge penale definisca con precisione tanto le fattispecie incriminatrici quanto le relative sanzioni.

²¹ Cfr., M. Zinani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10

²² Il principio di leale cooperazione, sancito all'art. 4, par. 3, TUE, impone agli Stati membri di rispettare il diritto dell'Unione e di astenersi da misure che possano pregiudicare la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

CAPITOLO III

Come già ampiamente approfondito nel capitolo II, la formulazione dell'art. 12, co. 6, l. 40/2004 (come novellato) si rivolge a “chiunque” commetta le condotte descritte, senza distinguere tra i possibili partecipanti dell'accordo di surrogazione. In via generale, rientrano pertanto tra i soggetti attivi tanto i genitori committenti quanto eventuali mediatori o sanitari coinvolti, nonché la stessa madre gestante. La prassi applicativa anteriore ha sollevato dubbi sull'inquadramento della responsabilità dei committenti: taluni autori ritenevano che essi rispondessero direttamente ai sensi della norma incriminatrice (quale forma di autoproduzione dell'evento vietato), altri propendevano per configurarli a titolo di concorso di persone nel reato materialmente commesso dal medico (che realizza tecnicamente l'impianto embrionario).²³ Sebbene oggi la questione appaia in parte superata – essendo evidente la volontà legislativa di sanzionare penalmente i committenti, considerati i principali responsabili dell'iniziativa illecita – permangono alcune incertezze circa l'esatta delimitazione del concorso di persone in contesti transnazionali.

Un primo nodo interpretativo riguarda il coinvolgimento di soggetti stranieri nell'illecito. Va infatti sottolineato che la nuova legge, limitando l'applicazione extraterritoriale ai soli cittadini italiani, esclude dalla punibilità gli eventuali concorrenti non cittadini. Ciò significa, ad esempio, che se un cittadino italiano ricorre a una surrogazione all'estero con l'ausilio di un coniuge/partner straniero, di un medico o intermediario straniero, questi ultimi non potranno essere perseguiti in Italia per il concorso nel reato. In sede di dibattito parlamentare era emersa l'ipotesi di configurare la surrogazione come reato “universale” perseguibile contro chiunque e dovunque commesso; ma tale prospettiva è stata abbandonata, proprio per l'irragionevolezza di coinvolgere anche soggetti stranieri operanti in Paesi dove la pratica è lecita.²⁴ Del resto, l'art. 10 c.p. (che disciplina il delitto comune dello straniero commesso all'estero) non avrebbe comunque consentito di attrarre nella giurisdizione italiana atti di surrogazione compiuti da non cittadini, sia per il limite edittale troppo basso (la pena massima di 2 anni è inferiore al minimo richiesto dall'art. 10) sia per la diversa natura dei beni giuridici tutelati rispetto ai casi contemplati da tale articolo.²⁵ Pertanto, allo stato attuale, si delinea una situazione peculiare: la coppia committente “mista” (cittadino italiano + cittadino straniero) vedrà il primo soggetto punibile in Italia e il secondo no. Questa disparità di

²³ Cfr. A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2013; E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*. In S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà & P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (pp. 1537–1602). Milano: Giuffrè, 2012

²⁴ Ci si riferisce, in tal senso, ai DdL AS 163, AS 245 (rispettivamente: Gasparri e Rauti-Malan)

²⁵ *Infra*, M. Zincani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10

CAPITOLO III

trattamento, pur essendo un effetto usuale dell'applicazione del principio di personalità (che per definizione vincola solo i cittadini), può sollevare questioni di equità e concreta efficacia della norma: la partecipazione di un concorrente non punibile potrebbe infatti ostacolare la repressione completa dell'illecito e creare zone franche di impunità parziale. Si pensi al caso in cui l'organizzatore principale sia un'agenzia straniera o un medico all'estero: il cittadino italiano (committente) potrà essere perseguito, ma i promotori effettivi dell'operazione resteranno al di fuori della portata delle sanzioni, salvo che abbiano anch'essi cittadinanza italiana. In dottrina si è evidenziato come questa scelta normativa, dettata dalla necessità di evitare indebite estensioni della giurisdizione, finisca però per circoscrivere il concorso punibile ai soli soggetti aventi lo *status* di cittadino italiano, indipendentemente dal ruolo concreto avuto nell'operazione.

Un secondo profilo riguarda la posizione della madre surrogata e degli eventuali clinici coinvolti. L'incriminazione di cui all'art. 12, co. 6, l. 40/2004 colpisce chi "realizza" o "organizza" la surrogazione di maternità: una dizione ampia che certamente abbraccia il medico o l'intermediario che materialmente esegue o predispone la pratica. Quanto alla gestante, il suo coinvolgimento rientra nella lettera della norma ("chiunque... in qualsiasi forma realizza..."), anche se ciò determina un'apparente contraddizione concettuale: punire la donna che porta avanti la gravidanza per conto altrui significa infatti trasformare in autrice del reato colei che comunemente viene considerata vittima²⁶ (quanto meno sul piano etico-sociale) di sfruttamento o di mercificazione del corpo. Questa contraddizione era già stata notata in relazione al divieto interno: la surrogata, specie se spinta da motivazioni economiche, è teoricamente soggetta alla sanzione penale, pur essendo il soggetto "debole" che la norma vorrebbe proteggere.²⁷ In sede applicativa domestica, però, l'attenzione repressiva si è concentrata quasi esclusivamente su medici e committenti, e non risultano precedenti di gestanti perseguite. Nel contesto transnazionale, la questione assume connotati inediti: è ipotizzabile che una donna italiana fungendo da madre surrogata all'estero (ad es. per aiutare una coppia di connazionali) possa anch'essa incorrere nella punibilità al rientro in Italia, in virtù della sua cittadinanza. In tal caso avremmo una situazione paradossale in cui la medesima persona è sia vittima di possibili pressioni o sfruttamento, sia autrice punibile in base alla legge penale. Questo esempio estremo evidenzia i limiti di un approccio che, nel perseguire indiscriminatamente tutti gli attori della surrogazione, rischia di non differenziare sufficientemente le posizioni soggettive. La problematica potrebbe essere parzialmente mitigata dall'applicazione dei

²⁶ Cfr., E. La Rosa, *Maternità surrogata*, in Treccani Diritto on line (2017)

²⁷ *Infra*, Cap. II, § 2.1.2

CAPITOLO III

principi generali sul concorso di persone (artt. 110 ss. c.p.), che consentono di graduare le responsabilità in base al contributo arrecato e all'elemento psicologico di ciascuno.²⁸ Ad esempio, la gestante potrebbe essere ritenuta meritevole di un trattamento più lieve (anche sul piano cautelare e sanzionatorio) qualora il suo apporto fosse marginale o costretto dalla necessità economica. Resta il fatto che la norma incriminatrice, di per sé, non opera distinzioni: spetterà dunque all'interprete e al giudice adattare, caso per caso, il quadro punitivo alle concrete figure dei concorrenti, evitando esiti eccessivamente rigoristi o contrari al principio di proporzionalità (cui pure si dovrà far riferimento nell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale, v. *infra*, par. 3).

L'effettiva perseguibilità del nuovo reato extraterritoriale pone una serie di problemi applicativi di natura probatoria e procedurale. Anzitutto, la punizione di condotte commesse oltre confine dipende dalla possibilità di acquisire prove affidabili sull'*iter* della surrogazione. In assenza di una collaborazione internazionale (che, come visto, potrebbe mancare per via della liceità locale del fatto), gli inquirenti italiani dovranno fare affidamento prevalentemente su elementi di prova indiretti o interni. Scenario tipico è quello della coppia che, dopo aver ottenuto la nascita del figlio all'estero, ne chiede la registrazione o il riconoscimento in Italia. In tale frangente possono emergere indizi rilevanti: ad esempio, la presentazione di un atto di nascita straniero che indichi una madre diversa dalla committente, oppure un certificato privo di indicazione della madre biologica. Tali documenti possono mettere la pubblica autorità sulla pista della surrogazione, innescando verifiche da parte dell'ufficiale di stato civile e segnalazioni all'autorità giudiziaria. Già in passato casi del genere hanno portato a procedimenti penali per falsità ideologica in atti di stato civile o alterazione di stato, contestati ai genitori che avevano dichiarato il falso sulla maternità del neonato.²⁹ La Cassazione del 2016 sopra citata menziona proprio il tentativo della Procura di contestare, oltre alla violazione della legge 40/2004, anche reati di falso relativamente alle generalità del neonato. In quell'episodio l'esito è stato favorevole ai genitori, ma esso dimostra come la difficoltà probatoria possa indurre le autorità a percorrere strade collaterali (quali l'azione per falsificazione di documenti) per colpire condotte in origine difficili da provare direttamente.

Con la l. 169/2024, l'azione penale per il reato di surrogazione all'estero diviene obbligatoria al pari di ogni altro reato, senza più la mediazione discrezionale del Ministero. Ciò implica che ogni notizia di reato relativa a una possibile surrogazione effettuata all'estero da cittadini (ad esempio,

²⁸*Infra*, M. A. Pasculli, *Universale, particolare: la maternità surrogata tra amore "senza confini" e necessari limiti di legge*, in «AmbienteDiritto», XXIV, n. 2/2024 p. 9

²⁹ Corte di Cassazione, Sez. V Penale, sentenza n. 13525 del 5 aprile 2016

CAPITOLO III

una segnalazione proveniente da un consolato, da un ufficio anagrafe o persino da denunce di terzi) dovrà essere riscontrata e, se vi sono elementi sufficienti, sfociare in un'indagine formale. In sede investigativa, tuttavia, operare *ultra limes* impone limiti oggettivi: i luoghi in cui avviene la gestazione e la nascita, i testimoni principali (come la gestante o il personale sanitario), così come eventuali contratti o accordi scritti, si trovano tutti all'estero. L'autorità italiana difficilmente potrà accedervi senza il consenso (spontaneo o rogatorio) dello Stato estero. Come già evidenziato, questo consenso potrebbe non essere concesso in Paesi ove la GPA è legale, per un comprensibile conflitto di ordine giuridico. Pertanto, l'onere probatorio ricadrà in gran parte su ciò che è reperibile in Italia: dichiarazioni dei sospettati, documenti presentati per finalità civili (registrazione, richieste di trascrizione o di cittadinanza per il minore), eventuali ammissioni rese in altre sedi, tracce finanziarie (pagamenti verso cliniche estere) e così via. Non si può escludere, inoltre, l'utilizzo di mezzi investigativi più invasivi: ad esempio, l'esame del DNA del bambino e della coppia, per appurare l'assenza di legame genetico con la madre intenzionale (circostanza che, se accompagnata da altri indizi, corroborerebbe l'ipotesi di surrogazione). Tali accertamenti, però, sollevano a loro volta problemi di tutela della privacy e dei diritti fondamentali, dovendo bilanciare l'interesse punitivo con il diritto al rispetto della vita familiare (profilo, quest'ultimo, che potrebbe assumere rilievo anche in sede sovranazionale, v. *infra*, par. 4).

Un altro nodo applicativo concerne la tempestività e l'efficacia dell'azione penale. Spesso le coppie che ricorrono alla GPA all'estero rientrano in Italia solo dopo la nascita e una volta ottenuti i documenti stranieri necessari: ciò significa che il fatto reato si è già integralmente consumato all'estero prima che le autorità italiane ne abbiano notizia. A differenza di reati territoriali, qui non vi è un intervento possibile *in itinere* per interrompere la condotta (salvo improbabili casi di monitoraggio preventivo dei cittadini all'estero). L'intervento punitivo sarà quindi tardivo, a fatto compiuto e con il minore già venuto alla luce. Questa circostanza incide anche sulle finalità stesse della norma: la repressione *post factum* punisce i genitori, ma non può impedire la realizzazione della maternità surrogata (che si è già svolta altrove). Ciò potrebbe ridurre l'effetto deterrente della legge, a meno di confidare in un effetto dissuasivo "indiretto" dovuto alla minaccia della pena. Dal punto di vista processuale, inoltre, un ritardo nell'emersione del reato può comportare difficoltà nel reperire le prove (col passare del tempo, documenti e testimoni all'estero diventano meno accessibili) e far decorrere i termini di prescrizione. Considerato che la pena massima è relativamente bassa, il termine di prescrizione ordinario non è lungo: l'inerzia o l'inefficacia investigativa potrebbero dunque portare all'estinzione di molti procedimenti senza giungere a

CAPITOLO III

sentenza definitiva. Tali evenienze mettono in questione la concretezza della tutela penale apprestata: il rischio è che la norma resti in buona parte simbolica, applicata solo in pochi casi e con grande dispendio di risorse, senza un corrispondente risultato pratico in termini di condanne. Anche questi aspetti dovranno essere tenuti presenti nel valutare la proporzionalità e l'effettività della scelta repressiva³⁰, nonché i suoi riflessi sui diritti delle persone coinvolte.

L'inasprimento del divieto attraverso la sanzione penale ultra confine solleva infine la questione degli effetti distorsivi che tale opzione legislativa può produrre sul piano sociale e sulla tutela di altri beni giuridici. In particolare, l'applicazione rigorosa della pena ai genitori intenzionali rischia di ripercuotersi negativamente sul *best interest* del minore nato tramite GPA. La dottrina ha evidenziato come il "costo indiretto" del divieto penalmente sanzionato possa risultare persino più grave dei suoi effetti diretti: colpire penalmente i genitori intenzionali significa, in ultima analisi, incidere sulle condizioni di vita del figlio.³¹ È evidente che la condanna dei genitori – specie se comportante pene detentive, sia pure brevi – finirebbe per compromettere il diritto del minore alle cure, al mantenimento e a una crescita serena in seno alla propria famiglia. Anche ipotizzando che nella maggior parte dei casi la reclusione possa essere evitata (attraverso la sospensione condizionale della pena o misure alternative), rimane comunque la sanzione pecuniaria, assai onerosa, il cui pagamento potrebbe intaccare in modo significativo le risorse economiche familiari necessarie al minore. Va ricordato che la sanzione prevista è una multa da 600.000 a 1.000.000 di euro, importi che possono mettere in crisi il patrimonio di una famiglia media. Le conseguenze finanziarie di una condanna, dunque, potrebbero riflettersi sulla capacità dei genitori di provvedere adeguatamente al figlio, realizzando un effetto paradossale: la norma pensata per tutelare valori astratti (come la dignità e l'unitarietà dello *status* genitoriale) finirebbe per nuocere al concreto interesse del bambino coinvolto.³²

Un ulteriore effetto distorsivo riguarda la possibile stigmatizzazione sociale e istituzionale dei minori nati da GPA. Un procedimento penale a carico dei genitori – inevitabilmente reso pubblico negli atti – potrebbe infatti esporre il minore a una sorta di marchio indiretto, identificandolo come

³⁰ *Infra*, par. 3.

³¹ Cit., V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, in «La legislazione penale», 2024, p. 40.

³² Si noti che, l'imputato potrebbe evitare l'irrogazione della pena ricorrendo all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova. Pur trattandosi di una causa estintiva del reato, va evidenziato come essa comporti comunque conseguenze afflittive, derivanti sia dagli obblighi imposti dalla legge sia dalle prescrizioni eventualmente stabilite dal giudice.

CAPITOLO III

il frutto di un “reato”.³³ Ciò potrebbe tradursi in trattamenti discriminatori o semplicemente in un trauma psicologico, se il bambino, crescendo, venisse a conoscenza delle vicende giudiziarie che hanno coinvolto la sua famiglia. Il timore di tali conseguenze può spingere le coppie a tenere segreto il più possibile il ricorso alla surrogazione, anche dopo il ritorno in Italia, potenzialmente alimentando situazioni di opacità anagrafica (es. iscrizioni anomale nei registri, omissione di informazioni al pediatra, ecc.) che non giovano alla tutela del minore. In casi estremi, si potrebbe addirittura arrivare a evitare la registrazione del bambino in Italia per sottrarlo ai radar delle autorità, con il grave rischio però di negargli diritti civili fondamentali (cittadinanza, assistenza sanitaria, ecc.). Queste dinamiche mostrano come la criminalizzazione indiscriminata possa generare comportamenti elusivi dannosi: non solo per l’efficacia stessa della legge (che verrebbe aggirata da chi, pur di avere un figlio, cercherà vie sempre più clandestine), ma anche per la tutela dei soggetti vulnerabili che entrano in gioco.

Da ultimo, va considerata la tensione tra l’approccio penalistico repressivo e le soluzioni di tutela civile che l’ordinamento sta faticosamente elaborando per dare protezione ai minori nati da surrogazione all’estero. La Corte costituzionale e la giurisprudenza civile, negli ultimi anni, hanno affrontato il tema della trascrivibilità degli atti di nascita formati all’estero e dell’eventuale ricorso all’adozione in casi particolari per il genitore d’intenzione non biologico, con orientamenti volti principalmente a salvaguardare la continuità affettiva e la posizione del minore (privilegiando, di fatto, l’interesse del bambino ad avere due genitori legali).³⁴ L’intervento penale del 2024 sembra però muoversi in direzione opposta, reprimendo in radice la condotta che dà origine a quei legami familiari. Si crea così una sorta di dissonanza tra ordini di tutela: da un lato si cerca, a posteriori, di garantire al bambino uno *status* giuridico certo e conforme alla realtà affettiva; dall’altro si persegue penalmente chi quella realtà l’ha volontariamente creata all’estero. Questa disarmonia potrebbe tradursi in effetti perversi. Ad esempio, una coppia condannata penalmente per surrogazione potrebbe incontrare maggiori ostacoli nel procedimento civile di adozione del bambino da parte del genitore d’intenzione (essendo pregiudicata da un giudicato penale di disvalore); oppure potrebbe rinunciare a intraprendere azioni legali per il riconoscimento del figlio onde evitare di

³³ Cit., V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell’adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge “Varchi”*, in «La legislazione penale», 2024, p. 40.

³⁴ Cfr. M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale: osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in Sistema Penale, 29 giugno 2021.

autodenunciarsi. In definitiva, l'eccesso di repressione rischia di frustrare gli stessi obiettivi di protezione che l'ordinamento, in altre sedi, tenta di perseguire.

Le considerazioni svolte evidenziano che la nuova fattispecie penale, nel suo concreto operare, solleva non pochi problemi interpretativi e applicativi. Essa impone agli interpreti un delicato compito di bilanciamento tra l'esigenza di dare attuazione a un precetto normativo (espressione di una precisa scelta politico-criminale) e la necessità di mitigare gli effetti potenzialmente irragionevoli o dannosi di tale precetto. I profili di criticità individuati – dal coordinamento inter-ordinamentale alle questioni di concorso, dalle prove agli effetti sui minori – costituiscono altrettanti punti nevralgici su cui verosimilmente si concentrerà l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza nei mesi e anni a venire. Sarà compito della giurisprudenza applicativa trovare soluzioni interpretative equilibrate (ad esempio in tema di elemento soggettivo³⁵, di cause di giustificazione o di speciale tenuità del fatto), così come non si può escludere un futuro sindacato di costituzionalità sulla norma, laddove gli effetti distorsivi e le incongruenze sistematiche dovessero risultare tali da violare principi fondamentali (*infra*, par. 3). Allo stesso modo, il contrasto con obblighi sovranazionali e con i diritti garantiti a livello europeo potrà dare luogo a contenziosi dinanzi alle giurisdizioni europee (*infra*, par. 4), chiamate a valutare la compatibilità di questo peculiare reato senza frontiere con il quadro giuridico dei diritti umani e dell'Unione Europea.

§ 3. Analisi critica dei profili di legittimità costituzionale

§ 3.1. Possibili profili di discriminazione

Come già accennato, l'incriminazione parrebbe sollevare diverse criticità, che configurerebbero, talvolta, situazioni di incompatibilità con i principi costituzionali, richiedendo un attento bilanciamento tra la tutela di valori fondamentali e le garanzie proprie del diritto penale. In primo luogo, viene in rilievo l'art. 3 Cost. per possibili effetti discriminatori indiretti. Pur essendo la norma formulata in termini generali, alcuni osservatori hanno notato che essa paventa una disparità di trattamento verso i bambini nati da GPA³⁶: tali minori rischiano di vedere riconosciuto nell'immediato solo il legame col genitore “visibile” (biologico), dovendo attendere l'adozione speciale per ottenere un rapporto giuridico con l'altro genitore intenzionale. Tale soluzione differita

³⁵ *Infra*, E. La Rosa, *Maternità surrogata*, in Treccani Diritto on line (2017)

³⁶ Cfr, Corte Costituzionale, Sentenza n.33 del 9 marzo 2021, par. 1.4

li discrimina rispetto agli altri bambini, che invece godono sin dalla nascita del riconoscimento di entrambi i genitori. Come ricordato anche nei lavori parlamentari³⁷, la stessa Corte di cassazione a Sezioni Unite (sent. 38162/2022) ha evidenziato che il divieto di surrogazione non può sacrificare in modo assoluto l'interesse del minore, il quale ha diritto alla continuità degli affetti e a uno *status filiationis* certo, da garantirsi – allo stato – mediante l'adozione in casi particolari del *partner* del genitore biologico. Si tratta però di un rimedio che lascia il genitore d'intenzione in posizione subordinata e priva i minori di una tutela immediata, profilo sul quale pendeva peraltro una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Cassazione per violazione degli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost..³⁸ In definitiva, l'assetto creato dal legislatore – divieto penalmente sanzionato ma con successiva adozione “riparatrice” – appare intrinsecamente contraddittorio e potenzialmente lesivo del principio di eguaglianza e del superiore interesse del minore.

§ 3.2. Libertà fondamentali e bilanciamento con la dignità

Un secondo ordine di criticità riguarda la compressione delle libertà fondamentali garantite dall'art. 13 Cost. e più in generale dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.). La scelta di criminalizzare condotte legate alla sfera privata e familiare incide infatti sulla libertà di autodeterminazione in materia procreativa e sulle decisioni relative alla vita familiare. Infatti, il divieto assoluto di surrogazione si giustificerebbe con la tutela di valori di rango costituzionale, primi fra tutti la dignità della donna e il principio di non mercificazione del corpo umano.³⁹ Tale valore è senza dubbio fondamentale; cionondimeno, autorevoli commentatori hanno osservato che l'intervento penale ha un carattere fortemente paternalistico ed “eticizzante”, imponendo al singolo la visione statuale della dignità anche in contesti nei quali la donna coinvolta potrebbe non percepirsi affatto lesa o strumentalizzata. Si è parlato in proposito di finalità paternalistiche del legislatore, il quale afferma il dominio extraterritoriale della norma penale nazionale indipendentemente dal luogo dei fatti, con l'intento dichiarato di arginare il “turismo procreativo” dei cittadini italiani. Ciò comporta un delicato problema di bilanciamento tra repressione penale e diritti fondamentali: da un lato la tutela della dignità e dell'ordine pubblico interno, dall'altro la

³⁷ *Infra*, Senato della Repubblica – Servizio Studi, *Dossier sull'A.S. n. 824. Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli, p.13.

³⁸ Cfr. Corte di Cassazione, Sezione Civile n. I, Ordinanza n. 8325/2020.

³⁹ *Infra*, Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162

libertà personale e familiare, la tutela della vita privata e il diritto al progetto genitoriale. Come sottolineato nelle schede di lettura redatte in sede parlamentare, la Corte EDU ha riconosciuto la rilevanza del diritto alla vita familiare dei minori nati da GPA (art. 8 CEDU) e potrebbe scrutinare con severità eventuali ingerenze punitive sproporzionate nei confronti dei genitori intenzionali. La questione si colloca nel margine di apprezzamento degli Stati, non esistendo un consenso europeo sulla liceità della surrogazione; tuttavia, un eccesso repressivo senza adeguate cautele potrebbe confliggere con gli obblighi internazionali dell'Italia *ex art. 117 Cost.*,⁴⁰ specie in relazione alla tutela del minore (Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, Carta UE art. 24). Alla luce di ciò, parte della dottrina richiede un'applicazione del nuovo reato conforme al principio di proporzionalità, evitando che la sanzione penale comprometta indebitamente quei diritti affettivi e relazionali che pure concorrono al fondamento dell'ordine pubblico internazionale.

§ 3.3. Principi di legalità, offensività e proporzionalità

Sul versante delle garanzie penalistiche classiche, la norma in esame pone problemi in rapporto sia al principio di offensività sia al principio di legalità e tassatività (art. 25 co.2 Cost.). Tradizionalmente, il diritto penale richiede che ogni incriminazione sia giustificata dalla lesione o messa in pericolo di un bene giuridico concreto. Nel caso della surrogazione di maternità compiuta all'estero con il consenso della gestante e nel rispetto delle leggi locali, è discusso quale sia il bene effettivamente offeso. La relazione introduttiva alla legge individua tale bene nella dignità della donna e nel principio di indisponibilità della maternità, attribuendo al fatto una carica di disvalore intrinseco. Eppure, resta controverso se la pratica, in sé e per sé, produca un'offesa "tangibile" nel caso concreto oppure configuri piuttosto un reato di mera disobbedienza all'ordinamento italiano.⁴¹ In dottrina si è osservato che la punizione di condotte realizzate all'estero, in un contesto socio-legale che le ammette, finisce per avere principalmente una funzione simbolica di affermazione valoriale, più che di tutela di un bene leso.⁴² Questa impostazione collide con la concezione del

⁴⁰ Cfr., Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, pp.7-8.

⁴¹ *Infra*, A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in «GenIUS», Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, online first, 20 febbraio 2024, p. 25.

⁴²Cfr., V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, in «La legislazione penale», 2024, p.16.

CAPITOLO III

diritto penale come *extrema ratio*: imporre il rispetto di aspettative etico-sociali proprie di un ordinamento anche al di fuori dei suoi confini può svuotare la sanzione penale del requisito della necessaria offensività, trasformandola in uno strumento di moralizzazione coattiva. Tali perplessità si collegano, a loro volta, al principio rieducativo della pena (art. 27 co.3 Cost.): punire un cittadino per un fatto commesso lecitamente in un diverso contesto culturale e giuridico pone seri dubbi sulla funzione rieducativa della pena. In casi siffatti, infatti, la pena non mira a reinserire un soggetto “desocializzato” (giacché la devianza è tale solo rispetto alla società italiana), bensì tende a imporre un dovere di fedeltà ai valori nazionali.⁴³ Si tratta di un impiego della sanzione penale lontano dalla finalità costituzionale di rieducazione, e più vicino a quella di stigmatizzazione esemplare. Proprio muovendo da questa considerazione, autorevoli dottrine hanno sollecitato il rispetto del requisito della doppia incriminazione quale condizione minima di civiltà giuridica per l'estensione della giurisdizione punitiva. La doppia incriminazione – richiesta ordinariamente dall'art. 9 c.p. per punire reati comuni commessi all'estero dal cittadino – implica che il fatto sia considerato reato anche nell'ordinamento in cui è avvenuto: tale condizione, oltre a evitare contrasti diplomatici, garantisce il soggetto agente circa l'illiceità della propria condotta e la sua effettiva colpevolezza.⁴⁴ Il legislatore del 2024, invece, ha optato per una repressione incondizionata, superando le cautele codicistiche (necessità della doppia incriminazione, richiesta del Ministro della giustizia, etc.). Questa scelta, se da un lato rientra nei poteri discrezionali dello Stato (non essendo vincolata da divieti internazionali, atteso che alcun trattato impone il riconoscimento della GPA o dei suoi effetti⁴⁵), dall'altro lato espone la norma a possibili censure di irragionevolezza e eccesso punitivo⁴⁶. In particolare, taluni autori segnalano il rischio di violazione del principio di stretta necessità della pena: criminalizzare senza eccezioni condotte realizzate in un contesto lecito e controllato all'estero significa impiegare il diritto penale ben oltre i limiti della sua funzione tradizionale di tutela ultima, soprattutto considerando che strumenti civilistici e amministrativi potrebbero perseguire scopi dissuasivi analoghi con minore impatto sui diritti individuali. Su questo

⁴³ *Infra*, A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in «GenIUS», Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, online first, 20 febbraio 2024, p. 25.

⁴⁴ Cfr., M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale: osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2021, p.5.

⁴⁵ Cfr., M. A. Pasculli, *Universale, particolare: la maternità surrogata tra amore “senza confini” e necessari limiti di legge*, in «AmbienteDiritto», XXIV, n. 2/2024, p.26.

⁴⁶ Cfr. P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.353-367.

fronte, viene in rilievo anche il principio di legalità in senso stretto: la fattispecie dell'art. 12, co.6, l. 40/2004 – ora proiettata all'estero – presenta problemi di determinatezza (si pensi alla genericità delle espressioni “organizzazione” o “pubblicizzazione” della surrogazione) già evidenziati in dottrina, imponendo un'interpretazione rigorosa per rispettare il canone della tassatività. Inoltre la legge 169, nel silenzio sulle norme transitorie, dovrà essere applicata facendo salvo il divieto di retroattività di cui all'art. 25 co.2 Cost.: sarà dunque punibile solo la surrogazione posta in essere dopo l'entrata in vigore della nuova disposizione, restando escluse le condotte anteriori, in ossequio al principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Sarà compito dell'interprete scongiurare applicazioni retroattive mascherate (ad esempio considerando “permanente” un fatto esaurito prima): ogni forzatura in tal senso sarebbe costituzionalmente illegittima e contraria ai principi supremi dello Stato di diritto.

§ 3.4. Conclusione: esigenze punitive e controlimiti costituzionali

Da quanto esposto emerge un quadro complesso, in cui la *ratio* repressiva della legge deve confrontarsi con plurimi controlimiti costituzionali. Come messo in luce, il rapporto tra divieto penale e realtà sociale della GPA resta problematico, giacché il ricorso alla surrogazione esprime esigenze profonde di vita familiare che l'ordinamento fatica ad “integrare” al proprio interno. La risposta esclusivamente punitiva rischia allora di accentuare il letto di Procuste su cui vengono forzate le nuove forme di genitorialità: un quadro normativo rigido che non elimina il fenomeno, ma lo rende sommerso e carico di risvolti penal-giudiziari. In conclusione, il nuovo art. 12, co.6, l. 40/2004 – come modificato dalla l. 169/2024 – solleva rilevanti questioni di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 13, 25 e 27 Cost., nonché rispetto ai principi fondamentali del diritto penale (offensività, proporzionalità, sussidiarietà) e ai vincoli derivanti dall'ordinamento internazionale ed eurounitario. Sarà dunque fondamentale, *de iure condito*, procedere a un'applicazione prudente e bilanciata della norma – tenendo conto dei diritti in gioco caso per caso – e, *de iure condendo*, valutare eventuali interventi correttivi che meglio armonizzino la pur legittima esigenza di contrastare la maternità surrogata con il rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali che presidiano la materia.

§ 4. Analisi delle proposte di modifica per una disciplina più equilibrata

La scelta del legislatore del 2024, dichiaratamente volta a contrastare il “turismo procreativo” in modo incondizionato⁴⁷, ha tuttavia acceso il dibattito sull’adeguatezza e la proporzione dell’intervento punitivo. In dottrina e nelle contestuali audizioni parlamentari sono emerse numerose proposte di riforma, finalizzate a riequilibrare la disciplina tenendo conto dei principi generali del diritto penale italiano e delle esigenze di tutela dei soggetti coinvolti.

Una prima area di intervento riguarda i limiti spaziali di applicazione della norma incriminatrice. Molti autori evidenziano le criticità di un’estensione illimitata della giurisdizione penale italiana ai fatti commessi all’estero, in deroga alle condizioni ordinariamente previste dall’art. 9 c.p. (doppia incriminazione, richiesta del Ministro, ecc.). In particolare, è stato sottolineato come l’adozione incondizionata del criterio della personalità attiva nella c.d. “legge Varchi” risulti eccezionale e potenzialmente irragionevole.⁴⁸ La deroga generalizzata al principio di doppia incriminazione determina infatti un regime in *malam partem*⁴⁹ che aggrava i già notevoli problemi di determinatezza della fattispecie e rischia di porsi in contrasto con il principio di legalità, nella misura in cui impone la scelta etico-penale in contesti socio-giuridici esteri che non la condividono. In altri termini, punire condotte integralmente lecite nel luogo di realizzazione solleva perplessità quanto a offensività e necessità dell’incriminazione. Si è osservato che, dal punto di vista del diritto penale internazionale, i consueti collegamenti territoriali o la presenza di interessi nazionali diretti costituiscono garanzie atte a limitare il c.d. *overreach* punitivo; il venir meno di tali criteri richiede dunque una rigorosa giustificazione. Alcune proposte di riforma mirano perciò a riequilibrare la portata extraterritoriale del reato di maternità surrogata, ad esempio reintroducendo in qualche forma il requisito della doppia incriminazione o quantomeno la necessità di un intervento autorizzativo dell’Autorità (come la richiesta del Ministro della giustizia⁵⁰) per procedere contro fatti commessi all’estero. Tali correttivi potrebbero rendere la disciplina più coerente con la struttura

⁴⁷ *Infra*, V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell’adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge “Varchi”*, in «La legislazione penale», 2024, pp. 1 e ss.

⁴⁸ Cfr., A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in «GenIUS», Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere, online first, 20 febbraio 2024, p.1 e ss.

⁴⁹ Cfr., M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale: osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in Sistema Penale, 29 giugno 2021., cit., pp. 8 s.

⁵⁰ Cfr. M. A. Pasculli, *Universale, particolare: la maternità surrogata tra amore “senza confini” e necessari limiti di legge*, in «AmbienteDiritto», XXIV, n. 2/2024, p. 11 e ss.

CAPITOLO III

ordinaria del sistema penale italiano, che ammette eccezioni alla territorialità solo in presenza di beni di valore universale o di esigenze prevalenti, Sul piano dei principi, una limitazione del genere risponderebbe al rispetto del principio di offensività (colpendo solo condotte percepite come illecite anche dall'ordinamento in cui si sono svolte) e al criterio di proporzionalità rispetto al fine perseguito. Non va dimenticato, infatti, che l'effettiva idoneità e necessità di una punibilità “senza confini” della GPA sono messe in dubbio: si teme che un divieto così assoluto possa rivelarsi più simbolico che efficace, col rischio di compromettere altri valori senza un concreto beneficio in termini di prevenzione.⁵¹ La riflessione dottrinale invita dunque il legislatore a valutare soluzioni più meditate sul piano della giurisdizione, evitando automatismi che potrebbero non superare un vaglio di ragionevolezza costituzionale e di conformità ai principi fondamentali del diritto penale.

Un secondo filone di proposte concerne la struttura sanzionatoria dell'art. 12, co. 6, l. 40/2004, giudicata da molti squilibrata. Attualmente, la norma prevede la reclusione fino a 2 anni – indice di una gravità non elevatissima – affiancata però da una multa draconiana da €600.000 a €1.000.000. Questa combinazione atipica di pena detentiva esigua e sanzione pecuniaria ingentissima è considerata intrinsecamente sproporzionata e irragionevole. Autorevole dottrina sottolinea come un tale *quantum* non sia allineato ai principi di proporzionalità della pena delineati anche dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui la sanzione (sia nella specie che nella misura) deve essere aderente alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'autore.⁵² In quest'ottica, si suggerisce di rimodulare le pene: ad esempio, riducendo la forbice edittale della multa – attualmente priva di reale funzione dissuasiva, dato che spesso l'imputato può beneficiare della sospensione condizionale evitando di pagarla realmente – e graduando meglio il trattamento sanzionatorio in base al disvalore concreto del caso. Una maggiore armonia tra pena detentiva e pecuniaria renderebbe la risposta punitiva più coerente sul piano retributivo e deterrente⁵³. Si è infatti osservato che, paradossalmente, la sanzione oggi in vigore risulta inadeguata sotto entrambi i profili: troppo blanda nella componente detentiva per dissuadere realmente chi è fortemente motivato a avere un figlio, e al contempo eccessiva nella componente pecuniaria in rapporto al fatto tipico. Rivedere queste scelte punitive – ad esempio prevedendo pene pecuniarie più contenute ma effettivamente

⁵¹ *Infra*, V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge “Varchi”*, in «La legislazione penale», 2024

⁵² Cfr. P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.353-367.

⁵³ Cfr., P. M. Sabella, *Op. Cit.*

CAPITOLO III

esigibili, oppure pene accessorie mirate per i soli operatori sanitari coinvolti (già oggi soggetti a sospensione professionale *ex art. 12, co.9*) – viene ritenuto indispensabile per ristabilire la proporzionalità e l'equità del trattamento sanzionatorio. Un sistema di pene più equilibrato contribuirebbe anche a evitare effetti perversi, come l'accanimento economico sui nuclei familiari (con potenziale nocumento per i minori nati) o, all'opposto, la sostanziale impunità degli autori abbienti tramite strumenti premiali (patteggiamenti con pene sospese).⁵⁴ La finalità dichiarata della repressione – dissuadere dal ricorso alla surrogazione – sarebbe meglio perseguita da sanzioni percepite come giuste e commisurate, anziché da minacce straordinarie di dubbia applicazione concreta.

Un aspetto centrale, emerso con forza tanto nel dibattito scientifico quanto negli interventi delle Corti, concerne il bilanciamento tra l'esigenza di disincentivare la maternità surrogata e la tutela dei diritti del bambino nato attraverso tale pratica. Le pronunce più recenti – dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁵⁵ alla Corte costituzionale⁵⁶ – hanno ricordato che il superiore interesse del minore deve conservare carattere preminente anche a fronte della scelta del legislatore di criminalizzare la GPA.⁵⁷ In particolare, si è stigmatizzato il rischio che il minore venga strumentalizzato in nome di finalità pur legittime di prevenzione: ogni soluzione normativa che non offra al bambino alcuna possibilità di riconoscimento del legame filiazionario con i genitori intenzionali finirebbe per sacrificare la persona del minore al fine di dissuadere la pratica surrogatoria.⁵⁸ Ecco perché la Corte cost. ha rivolto un pressante monito al legislatore, affinché preveda una procedura efficace e rapida per riconoscere anche giuridicamente il rapporto di filiazione instaurato col genitore d'intenzione.⁵⁹ Muovendo da questi principi, talune proposte di riforma puntano ad eliminare le conseguenze preclusive per il figlio nato da GPA, pur mantenendo il divieto penale. In concreto, si suggerisce di affiancare alla norma incriminatrice misure che assicurino al minore uno *status* familiare definito: ad esempio, facilitando l'adozione in casi particolari da parte del genitore d'intenzione non biologico, mediante procedure semplificate e

⁵⁴ Cfr., P. M. Sabella, Op. Cit.

⁵⁵ Cfr., Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza C. c. Italia (Application n. 47196/21)

⁵⁶ Si veda, Corte Costituzionale, Sentenza n. 33 del 9 marzo 2021

⁵⁷ Cfr., P. M. Sabella, Op. Cit.

⁵⁸ Si veda, a tal proposito, M. Caielli, *La Corte europea dei diritti dell'uomo torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in «DPCE Online – Note e commenti», 1/2022, p.1500

⁵⁹ Cfr., P. M. Sabella, Op. Cit.

tempestive.⁶⁰ Ciò permetterebbe di sanare rapidamente la posizione del bambino, garantendogli due figure genitoriali legali, senza attendere lunghi iter giudiziari. Una tale soluzione – come evidenziato anche in sede di audizioni parlamentari – costituirebbe un punto di equilibrio rispettoso sia dell'ordine pubblico (che continua a vietare la surrogazione come tale) sia dei diritti fondamentali del minore.⁶¹ Del resto, concentrare l'attenzione legislativa sulla tutela del bambino, invece che sul mero rigore punitivo, è ritenuto doveroso da molti commentatori. Si osserva che il legislatore, nella sua “cultura della sanzione” in materia, dovrebbe “rifondare” l'approccio punitivo tenendo presenti le manifeste criticità umane e sociali della GPA, e soprattutto escludere ricadute negative su chi è del tutto estraneo alla dinamica criminosa (il nato).⁶² In senso critico, si riconosce che la scelta attuale di non consentire un pieno e immediato riconoscimento dello *status filiationis* è stata motivata dal timore di frustrare la efficacia deterrente della minaccia penale. Tuttavia, numerosi studiosi replicano che la deterrenza non può spingersi fino a sacrificare diritti fondamentali dei minori: un conto è sanzionare gli adulti responsabili, altro è negare stabilità giuridica al bambino come mezzo di pressione indiretta. Le proposte di riforma più equilibrate tendono dunque a compartimentare gli effetti del divieto penale, evitando che la pena colpisca – indirettamente – anche il figlio. Questa linea di pensiero appare coerente con gli orientamenti costituzionali e convenzionali: il margine di apprezzamento di cui dispone lo Stato nella materia della vita familiare non legittima interventi che pregiudichino in modo sproporzionato il benessere del minore. Al contrario, un sistema che vieti la surrogazione ma al contempo salvaguardi il minore (ad esempio attraverso un riconoscimento postumo regolato) meglio realizzerebbe quel bilanciamento tra valori – dignità della maternità, da un lato, e interesse del bambino, dall'altro – auspicato dalla Consulta.⁶³ In definitiva, l'adeguamento della disciplina penale alle esigenze dei minori non rappresenta un cedimento sul piano dei principi, bensì un allineamento dovuto ai canoni di umanità e ragionevolezza che permeano il nostro ordinamento.

Le proposte di modifica esaminate rivelano uno sforzo comune: ricondurre la punizione della maternità surrogata entro binari di maggiore equilibrio e costituzionalità, evitando eccessi punitivi e vuoti di tutela. Intervenire sui presupposti di giurisdizione (limitando l'automatismo

⁶⁰ Cit., M. Caielli, Op. Cit.

⁶¹ *Infra*, M. D'Amico, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in «Osservatorio Costituzionale», fasc. 4/2023, 1° agosto 2023, p. 20.

⁶² Cit., P. M. Sabella, Op. Cit.

⁶³ Cfr., M. R. Donnarumma, *The best interest of the child e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili*, in «Diritto Penale e Uomo (DPU)», 25 marzo 2021, p.7.

dell'universalità del reato), rimodulare le sanzioni in chiave proporzionale e garantire la centralità del best interest del minore sono gli interventi più frequentemente invocati in dottrina e nelle sedi parlamentari.⁶⁴ Tali correttivi mirano a conservare i principi ispiratori del divieto (la contrarietà a qualsiasi mercificazione della genitorialità) rendendoli però compatibili con il quadro di valori costituzionali (legalità, offensività, finalità rieducativa della pena, tutela della famiglia e dell'infanzia). In prospettiva, resta aperto il quesito se la strada per un vero equilibrio passi non solo per emendamenti restrittivi o garantistici alla norma penale, ma per un ripensamento più radicale della materia. Alcune voci propongono infatti un approccio alternativo: la legalizzazione regolamentata della GPA altruistica, ossia consentire in Italia forme di surrogazione solidale rigorosamente senza scopo di lucro né sfruttamento.⁶⁵ Questa proposta, già oggetto di discussione parlamentare in passato, persegue finalità analoghe (prevenire abusi e traffici internazionali) mediante strumenti opposti: anziché la mera minaccia penale, una regolazione etica e controllata delle procedure altruistiche. Si tratta di un'opzione dal forte impatto sistematico, che sposta il baricentro dal diritto penale al diritto civile e medico-sociale. Il dibattito sulla sua praticabilità e conformità ai principi di ordine pubblico è complesso e sarà approfondito nel successivo paragrafo, dedicato all'ipotesi di apertura verso la GPA altruistica come possibile soluzione di equilibrio legislativo. (Segue al § 5)

§ 5. La possibilità di legalizzare la GPA altruistica: opportunità e rischi

Come anticipato nel §4, nell'aprile 2021 è stata presentata alla Camera dei Deputati una proposta di legge per disciplinare in Italia la gestazione per altri (GPA) altruistica, su iniziativa di alcuni deputati (Termini, Frailis, Fratoianni, Magi, Mammi, Penna, Sarli, Segneri, Siragusa) con il sostegno dell'Associazione Luca Coscioni e di altre. Tale proposta mirava a consentire una forma di surrogazione di maternità gratuita e regolamentata, escludendo espressamente qualsiasi forma di compenso (oltre al mero rimborso spese) e ogni sfruttamento o commercializzazione del corpo femminile. L'idea era di colmare il vuoto normativo e porre fine al divieto di allora, ritenuto fonte di

⁶⁴ *Infra*, A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in «GenIUS», Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, online first, 20 febbraio 2024

⁶⁵ Si segnala che, nel mese di aprile 2021, è stata presentata alla Camera dei Deputati una proposta di legge ordinaria – promossa su iniziativa di alcuni parlamentari, tra cui Termini, Frailis, Fratoianni, Magi, Mammi, Penna, Sarli, Segneri e Siragusa – volta a introdurre una disciplina della gestazione per altri di tipo altruistico. L'iter è stato assegnato alla Commissione Affari Sociali per l'esame preliminare. Sul tema, v. G. Sciaudone, *Profili penalistici della surrogazione di maternità, anche alla luce di recenti proposte di modifica normativa*, p. 132 ss.

CAPITOLO III

incertezze e abusi, introducendo un quadro chiaro che consentisse l'accesso etico e responsabile alla procreazione assistita. La proposta nasceva infatti dalla constatazione che il divieto spingesse molti aspiranti genitori a ricorrere comunque alla *surrogacy* all'estero, spesso tramite agenzie poco affidabili, con conseguenti rischi di sfruttamento e "turismo procreativo".⁶⁶ L'intento dichiarato era di regolamentare la GPA altruistica in loco per proteggere tutti i soggetti coinvolti – soprattutto i bambini nati da queste procedure – ed evitare che le coppie si affidassero a circuiti stranieri di dubbia eticità. Di pari passo, la proposta ribadiva il mantenimento del divieto penale per qualsiasi forma di surrogazione commerciale: sarebbe restato dunque applicabile l'art. 12, co. 6, della legge 40/2004 (che oggi punisce chi realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità) per sanzionare eventuali violazioni in senso lucrativo. In altre parole, si prospettava un modello "duale": ammessa la GPA solo se altruistica, vietata e penalmente perseguita in ogni caso quella a scopo di lucro.

Sul piano contenutistico, il progetto delineava stringenti condizioni e garanzie. Anzitutto, la gestante surrogata dovrebbe scegliere liberamente e autonomamente di aderire a un apposito Registro nazionale delle gestanti istituito presso l'Istituto Superiore di Sanità.⁶⁷ Tale registro, con dati conservati per 30 anni, servirebbe a verificare il possesso dei requisiti (età, salute, aver già avuto figli, ecc.), il rispetto dei controlli medici e a indicare alle aspiranti surrogate le strutture autorizzate più vicine per le procedure di fecondazione in vitro. La fecondazione in vitro sarebbe infatti la tecnica utilizzata: con gravidanza solidale e altruistica si intende la gestazione portata avanti da una donna che accetta di ospitare nel proprio utero un embrione prodotto in vitro, portando la gravidanza a termine e partorendo per conto altrui. L'embrione deve provenire dai gameti dei futuri genitori intenzionali o eventualmente da donatori terzi autorizzati, ma non dagli ovociti della stessa gestante (questo esclude che la surrogata sia madre genetica, riducendo i conflitti di maternità). Destinatari di questa possibilità sarebbero sia coppie sia single che non possono portare avanti una gravidanza per ragioni medico-fisiologiche (sterilità, assenza dell'utero, gravi rischi per la salute) o situazioni particolari di infertilità "sociale" – ad esempio coppie omosessuali maschili, individui senza partner o donne single impossibilitate a gestare. Tali casi verrebbero valutati oggettivamente da un punto di vista medico e psicologico, ammettendo alla GPA altruistica solo chi davvero non può procreare o portare avanti la gravidanza diversamente.

⁶⁶ Cfr., F. Gallo, F. Re, R. D'Andrea, A. Cicatelli, E. Ardito, M. Miceli, L.M.R. Negri, P. Stringa, *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", 2022, pp. 30 e ss.

⁶⁷ Come previsto dalla proposta di legge, all'articolo 7.

CAPITOLO III

Un capitolo fondamentale della proposta riguardava la tutela dei nati e la determinazione della genitorialità. Si prevedeva infatti il pieno riconoscimento legale dei rapporti di filiazione sin dalla nascita a favore dei genitori intenzionali (committenti). In base al disegno di legge, il bambino nato da un accordo di gravidanza solidale sarebbe stato considerato figlio legittimo della coppia commissionante (o figlio riconosciuto nel caso di genitore single), che verrebbe indicata come genitore nell'atto di nascita. Specularmente, la gestante e il suo eventuale partner non acquisirebbero alcun diritto o obbligo verso il nato: il loro nome non comparirebbe nei registri dello stato civile e nessuna annotazione rivelerebbe le circostanze della nascita tramite surrogazione. La legge imporrebbe inoltre ai committenti l'obbligo di assumersi la piena responsabilità del bambino: prima di sottoscrivere l'accordo dovrebbero nominare un tutore provvisorio o adottare altre misure, assicurando che il neonato venga comunque accudito qualora, ad esempio, dovessero sopravvenire impedimenti o ripensamenti dei committenti stessi. Dopo il parto, spetterebbe alle parti decidere liberamente se mantenere contatti con la gestante (ad esempio aggiornamenti o frequentazioni), sempre nel rispetto del benessere psicofisico del minore. È importante notare che tali previsioni erano anche una risposta ai moniti della Corte EDU e della Corte Costituzionale:⁶⁸ entrambe, in varie pronunce, avevano evidenziato l'essenzialità di garantire ai bambini nati da surrogazione il riconoscimento giuridico di almeno entrambi i genitori biologici (e l'assunzione delle relative responsabilità parentali). Attualmente, invece, il nostro ordinamento – pur vietando la surrogata – cerca di porre rimedio *ex post* tramite l'adozione in casi particolari per il genitore d'intenzione privo di legame biologico.⁶⁹ Tale soluzione, come rilevato dalla stessa Consulta, risulta però macchinosa e insoddisfacente sul piano della tutela effettiva del minore, tanto che si auspica una riforma per renderla più celere ed efficace.⁷⁰ La legge del 2021, dunque, intendeva prevenire questi vuoti di tutela attribuendo fin da subito uno *status* certo ai figli nati da GPA altruistica.

In sintesi, la proposta delineava un modello di GPA altruistica regolata: niente compensi monetari, controlli pubblici rigorosi (registro nazionale, autorizzazioni sanitarie), criteri stringenti per accedere (infertilità documentata, ecc.), accordi formalizzati e tracciati, e garanzia di genitorialità immediata per i committenti. Il tutto nel tentativo di conciliare il desiderio di genitorialità di alcuni

⁶⁸ Si veda in tal senso, Corte Costituzionale, Sentenza n. 79 dell'8 marzo 2022.

⁶⁹ Cfr., I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Univ. Macerata-Dip.dir.privato e del lav. Macerata, Giuffrè, 2000, pp. 211 e ss.

⁷⁰ Si veda, in tal senso, Corte Costituzionale, Sentenza n. 33 del 9 marzo 2021

CAPITOLO III

con la protezione della dignità della donna e dei diritti del nascituro, all'interno di un quadro costituzionale ed etico rispettoso dei valori fondamentali.⁷¹

Va ricordato che questa proposta si inseriva in un dibattito politico altamente divisivo. Da un lato, associazioni e giuristi progressisti spingono da tempo per una regolamentazione ispirata alla solidarietà e all'autonomia personale; dall'altro, vi è una forte corrente contraria (trasversale in Parlamento, oggi maggioritaria) che ha portato invece a iniziative di segno opposto, tese a inasprire il divieto. Emblematico è il recente progetto di legge Varchi (C.887/2023), volto a introdurre il “reato universale” di maternità surrogata, punendo penalmente le condotte dei cittadini italiani che la praticano anche all'estero. Ciò evidenzia come, nel contesto attuale, la possibile legalizzazione della GPA altruistica debba essere valutata soppesando con attenzione pro e contro, alla luce dei principi costituzionali, delle implicazioni etiche e del quadro normativo vigente.

La legalizzazione della GPA altruistica viene sostenuta *in primis* come affermazione del principio di autodeterminazione della donna e di solidarietà nelle scelte procreative. In un'ottica costituzionale, permettere a una donna di portare avanti volontariamente e gratuitamente una gravidanza per aiutare altri a formare una famiglia significa riconoscerne la piena capacità di decidere sul proprio corpo e sulle proprie scelte di vita, nel rispetto della dignità di tutti i soggetti coinvolti. Viene invocato da molti il diritto fondamentale di ciascuno a esprimere la propria personalità e libertà morale (artt. 2 e 13 Cost.): vietare a priori a una donna di compiere un atto altruistico di questo tipo potrebbe configurare una lesione della sua dignità personale, trattandola come soggetto vulnerabile da proteggere contro la sua volontà.⁷² I proponenti della legge del 2021 sottolineavano proprio l'importanza di promuovere una legislazione che rispetti l'autonomia nelle scelte procreative, tutelando nel contempo diritti umani, dignità e sicurezza di tutti. Dal punto di vista etico, la GPA altruistica viene differenziata nettamente da quella commerciale: nella prima, l'assenza di profitto e la libera volontà della gestante trasformano la pratica in un atto di generosità e solidarietà familiare, più assimilabile alla donazione di organi o tessuti (per fare un parallelo bioetico) che a una “vendita” di bambini. In sostanza, se una donna – adeguatamente informata e non indigente – sceglie in modo volontario di aiutare una coppia sterile, ciò può essere visto come un gesto di alto valore etico e sociale, non molto diverso dal donare il sangue o di organi.

⁷¹ Cfr., A. Vallini, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in «GenIUS», Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, online first, 20 febbraio 2024, p.1 e ss.

⁷² *Infra*, G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in «GenIUS», online first, destinato a GenIUS 1/2020, p.3.

CAPITOLO III

Un altro argomento favorevole riguarda il diritto alla vita familiare e alla genitorialità delle coppie (o singoli) impossibilitati ad avere figli. La Costituzione italiana tutela la famiglia come “società naturale” (art. 29) e riconosce i diritti inviolabili dell’uomo nelle formazioni sociali (art. 2); inoltre l’art. 3 garantisce eguaglianza e pari dignità sociale. Ebbene, le coppie affette da infertilità assoluta (si pensi a donne prive di utero, coppie gay maschili, etc.) ad oggi subiscono una disparità di trattamento rispetto ad altre: mentre altre tecniche di procreazione assistita sono accessibili (fecondazione eterologa)⁷³, la surrogazione rimane vietata, precludendo soltanto ad alcune categorie la possibilità di avere un figlio con legami biologici. La legalizzazione altruistica colmerebbe questa discriminazione de facto, offrendo anche a chi non può portare avanti la gravidanza l’opportunità di esercitare il diritto alla genitorialità. Va chiarito che non esiste un “diritto al figlio” in senso stretto; tuttavia, la giurisprudenza europea (Corte EDU) riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) che include il desiderio di diventare genitori. Una normativa ben congegnata sulla GPA altruistica consentirebbe di contemperare questo desiderio legittimo con le esigenze di tutela di altri valori, anziché negarlo in assoluto. Inoltre, l’accesso sarebbe limitato ai casi di documentata necessità (sterilità/infertilità permanente, condizioni mediche o situazionali oggettive), evitando abusi volti solo a bypassare le fatiche della gravidanza.

Dal punto di vista costituzionale, invece, il preminente interesse del bambino nato da surrogazione è un parametro centrale (richiamato anche dalla Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia, ratificata dall’Italia). I fautori della legalizzazione sostengono che regolare la GPA altruistica andrebbe proprio a beneficio dei minori coinvolti. Infatti, il bambino nascerebbe in un contesto legale chiaro, con genitori intenzionali riconosciuti sin dall’inizio, evitando gli attuali vuoti di tutela. Si noti che la Corte EDU ha più volte condannato situazioni in cui, a causa dei divieti nazionali, i bambini nati all’estero da GPA rimangono per mesi o anni senza riconoscimento di un genitore, con conseguenti sofferenze e incertezza giuridica. Una legge interna sembrerebbe permetterebbe invece di garantire stabilità al minore: l’accordo di surrogazione sarebbe noto e autorizzato a monte, e alla nascita i genitori committenti – quantomeno quello biologico – figurerebbero subito come tali all’anagrafe. Ciò darebbe piena efficacia al diritto all’identità del minore e alla continuità affettiva con chi lo ha voluto. Inoltre, verrebbero previste tutele aggiuntive per il nascituro, ad esempio l’obbligo per i committenti di prendersi comunque carico del bambino (evitando il rischio di “resi” in caso di malattie o disabilità) e la nomina preventiva di un tutore a garanzia del nascituro. Anche la possibilità di contatti post-nascita con la gestante, lasciata alla libera valutazione delle parti,

⁷³ Si veda in tal senso, Corte Costituzionale, Sentenza n. 162 del 10 giugno 2014.

CAPITOLO III

potrebbe giovare al bambino qualora, crescendo, volesse conoscere le proprie origini in modo trasparente. In sintesi, una GPA altruistica regolamentata cercherebbe di mettere al centro il benessere del minore, equilibrando il diritto di conoscere le proprie origini con la tutela della privacy e della serenità del suo nucleo familiare. Questo approccio va nella direzione auspicata da varie pronunce: ad esempio, la Corte Costituzionale ha sollecitato il legislatore a intervenire per assicurare procedure più snelle di riconoscimento del genitore d'intenzione, a tutela del minore.⁷⁴ Legalizzare l'altruistica, perciò, potrebbe essere visto come una risposta organica a tali sollecitazioni, eliminando la necessità di interventi giudiziari ex post (adozioni speciali) e prevenendo situazioni traumatiche per i bambini.

Inoltre, legalizzare con rigore la GPA altruistica sottrarrebbe terreno alle agenzie internazionali e agli intermediari commerciali che oggi prosperano sfruttando i divieti nazionali: molte coppie italiane, fino all'introduzione della l. 169/2024, pagavano decine di migliaia di euro per rivolgersi a cliniche in paesi lontani (Russia, Ucraina, Georgia, USA, ecc.), dove spesso, ad oggi, operano agenzie di dubbia eticità. Una normativa interna improntata all'altruismo ridurrebbe questo esodo: chi davvero ha necessità potrebbe trovare una soluzione in Italia, sotto controllo medico-legale, invece di alimentare un business di dubbia eticità all'estero. Ciò ridurrebbe il rischio di abusi: ad esempio, verrebbero bandite selezioni discriminatorie o pratiche eugenetiche (la legge italiana non permetterebbe di "scegliere" caratteristiche genetiche del nascituro oltre quanto già consentito nell'eterologa) e si eviterebbe che donne in condizioni disagiate di altri paesi siano sfruttate. La stessa istituzione di un Registro delle gestanti garantirebbe trasparenza: solo donne in buona salute, non economicamente fragili e motivate altruisticamente potrebbero accedervi, sotto la supervisione di strutture pubbliche. Inoltre, la legge prevedrebbe supporto psicologico e sanitario continuo per la surrogata, prima, durante e dopo la gravidanza, assicurando che sia consapevole e consenziente in ogni fase. L'esperienza comparata offre vari esempi positivi: in paesi come il Canada la surrogazione altruistica è legale a livello federale⁷⁵ ed è aperta anche a coppie dello stesso sesso, ma con divieti rigorosi di pagamento oltre al rimborso spese e sanzioni penali per ogni intermediario che lucra.⁷⁶ La legge canadese, inoltre, fissa un'età minima di 21 anni per la gestante e vieta qualsiasi forma di pubblicità di servizi retribuiti, proprio per evitare derive commerciali. Allo stesso

⁷⁴ Si vedano, in tal senso, Corte Costituzionale, Sentenza n. 33 del 9 marzo 2021; Cfr., A. Vallini, *La rana che voleva farsi bua e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in «GenIUS», Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, online first, 20 febbraio 2024, p.1 e ss.

⁷⁵ Si veda, in tal senso, l'Assisted Human Reproduction Act 2004.

⁷⁶ Cfr., L. Sugamele, *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, p. 433-447

CAPITOLO III

modo, nel Regno Unito la GPA è lecita solo per motivi altruistici: il compenso è limitato alle “ragionevoli spese” sostenute dalla gestante e ogni accordo deve ottenere un’ordinanza di conferma da parte dell’Alta Corte dopo la nascita. In Gran Bretagna questo modello controllato, sebbene imperfetto, funziona da decenni e ha consentito a molte famiglie di nascere senza remunerare le surrogate (si è registrato un incremento significativo delle nascite da *surrogacy*, ma entro un regime monitorato legalmente).⁷⁷ Questi esempi dimostrerebbero che un compromesso equilibrato è possibile: la GPA altruistica consente la solidarietà procreativa ed evita la commercializzazione dei corpi. Legalizzarla in Italia, quindi, significherebbe anche allinearsi a standard internazionali di tutela dei diritti umani in materia di bioetica, evitando che le lacune normative interne continuino a generare abusi.⁷⁸ Come rilevato nella relazione introduttiva della proposta del 2021, una regolamentazione completa “nel rispetto degli standard internazionali in materia di diritti umani” aiuterebbe ad evitare gli abusi che proliferano proprio nelle lacune normative. In altri termini, il male maggiore (lo sfruttamento mercenario) si combatte meglio con la regolazione che non con il divieto assoluto.

I detrattori della maternità surrogata – posizione fatta propria anche dalla prevalente giurisprudenza italiana – sostengono che in qualsiasi forma, anche gratuita, essa comporti una gravissima violazione della dignità umana, *in primis* quella della donna gestante. La Corte Costituzionale ha definito la pratica della surrogata come qualcosa che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”⁷⁹. Ciò in quanto ridurrebbe la gestante al ruolo di mezzo per soddisfare il desiderio altrui di un figlio: il suo corpo verrebbe utilizzato come un “incubatore”, svuotando la maternità del suo significato umano e affettivo.⁸⁰ Questa obiezione non viene meno nemmeno di fronte al consenso della donna o all’assenza di pagamento: la dignità, si argomenta, è un valore assoluto e indisponibile, che l’ordinamento deve tutelare anche contro la apparente volontà del soggetto di rinunciarvi. In altre parole, secondo tale visione la donna non può fare del proprio ruolo materno oggetto di contratto – fosse pure una donazione– perché ciò lede la sua integrità morale in modo intrinseco. Significativo è quanto affermato dalla Cassazione: “indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito” della surrogazione e dalla situazione economica

⁷⁷ Cfr., G. Criscuoli, *La legge inglese sulla “surrogazione materna” tra riserve e proposte*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1987, p. 1035- 1036

⁷⁸ Cit., Associazione Luca Coscioni, *Relazione illustrativa alla proposta di legge sulla gravidanza solidale e altruistica presentata alla Camera dei Deputati*, 2021

⁷⁹ Cit., Corte Costituzionale, Sentenza n. 272 del 18 dicembre 2017.

⁸⁰ Cfr., G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in «GenIUS», online first, destinato a GenIUS 1/2020,p.3

CAPITOLO III

della gestante, la riduzione del corpo femminile a incubatrice per una vita destinata ad altri offende la dignità della donna, “a prescindere dal concreto accertamento dell’autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale”.⁸¹ In altri termini, nemmeno la certezza di una scelta libera e non condizionata eliminerebbe l’attitudine lesiva della pratica, perché si tratterebbe comunque di strumentalizzare la funzione materna. Dal punto di vista etico, molti ritengono che la maternità non sia scindibile in componenti (genetica, gestazionale, sociale) senza intaccarne il valore: la gravidanza crea un legame unico tra madre e nascituro, e interromperlo volutamente a fini di consegna del bambino a terzi viene giudicato innaturale e dannoso. Si richiama il significato profondo dell’esperienza gestazionale, sia per la donna (che subisce cambiamenti fisici e psicologici inscindibili dall’istinto di protezione verso il feto) sia per il bambino, il quale durante i nove mesi instaura un rapporto biologico e sensoriale con il grembo materno. Accettare la surrogazione, secondo i critici, equivarrebbe a considerare la gravidanza alla stregua di un servizio qualsiasi, calpestando quel “senso umano” e relazionale che la caratterizza.⁸² È nota la posizione assunta nel 2016 dal Comitato Nazionale per la Bioetica, il quale ha condannato la GPA definendola lesiva della dignità della donna e dei principi bioetici fondamentali.⁸³ Anche a livello europeo, il Parlamento UE ha più volte espresso ferma contrarietà, ribadendo che la surrogata – in qualunque forma – rischia di trattare le donne come merce, sfruttandone corpo e funzione riproduttiva.⁸⁴ Tali pronunce, pur non vincolanti, segnalano un clima etico-giuridico ostile alla legalizzazione: introdurla in Italia significherebbe andare contro un filone consolidato che vede nella GPA in sé una minaccia ai valori di dignità e umanità della procreazione.

Un’ulteriore serie di obiezioni riguarda il pericolo che la GPA altruistica, nella realtà, apra comunque la porta a forme di sfruttamento economico o sociale della gestante. Si teme che gli accordi “gratuiti” possano essere difficilmente controllabili: potrebbero celare compensi occulti, elargiti magari sotto forma di pagamenti non tracciati. Oppure potrebbero avvenire sotto pressione familiare: ad esempio, una sorella giovane potrebbe sentirsi obbligata a fare da surrogata per la sorella maggiore, oppure una figlia per la propria madre desiderosa di altri figli, situazioni queste non pienamente libere da condizionamenti emotivi. La Corte Costituzionale stessa ha messo in

⁸¹ Cit., Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162

⁸² Cit., G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in «GenIUS», online first, destinato a GenIUS 1/2020, p.3

⁸³ Cfr., A. G. Grasso, *La maternità surrogata altruistica. Un’ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 10

⁸⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, 17 dicembre 2015, sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell’Unione europea in materia ([2015/2229\(INI\)](#)).

CAPITOLO III

guardia sul fatto che gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio concreto di sfruttamento della vulnerabilità di donne in condizioni socio-economiche disagiate.⁸⁵ Anche se la legge richiedesse che la surrogata non versi in stato di bisogno, è possibile che donne con minori opportunità vedano nella GPA altruistica (lecita) un'occasione di migliorare la propria condizione indirettamente – ad esempio, sperando in future richieste di aiuto economico ai genitori committenti, o semplicemente perché psicologicamente ricattabili. Gli oppositori sottolineano che la linea di confine tra altruismo e interesse può essere labile: l'assenza di un prezzo dichiarato non garantisce l'assenza di vantaggi materiali. Inoltre, l'eventuale creazione di un registro di donne disposte a portare gravidanze per altri potrebbe attirare soggetti vulnerabili, generando una sorta di bacino di reclutamento di donne, per quanto formalmente volontarie, in pratica disponibili a “prestare il grembo” dietro incentivi morali o pressioni indirette. Si teme insomma una mercificazione strisciante, difficile da stanare. In paesi dove vige la GPA altruistica, si sono comunque sviluppate intermediazioni professionali (agenzie, avvocati) che pur non remunerando direttamente la madre surrogata traggono profitto organizzando il processo: i costi totali per i committenti possono restare elevati.⁸⁶ Dunque, secondo i critici, la legalizzazione altruistica rischierebbe di legittimare un'industria di fatto, rendendo solo più difficile individuare il passaggio di denaro. Meglio sarebbe, a loro avviso, mantenere il divieto assoluto, così che qualsiasi programma di *surrogacy* – palese o mascherato – resti illegale e perseguibile. Un altro timore collegato è che la possibilità di accedere in Italia a una GPA rigorosamente altruistica non elimini comunque il fenomeno del turismo riproduttivo: qualora la legge imponesse criteri molto stringenti (come il divieto di scegliere caratteristiche del donatore, o lunghi *iter* autorizzativi), alcune coppie potrebbero comunque preferire soluzioni all'estero più “flessibili” o rapide, magari a pagamento. Ciò vanificherebbe in parte lo scopo della norma e, anzi, creerebbe una concorrenza sleale tra l'ipotetico percorso legale interno (gratuito ma complesso) e quello commerciale estero (costoso ma più efficiente). Questa obiezione però è speculativa: resta il fatto che, per i contrari, il modo più netto per evitare qualsiasi sfruttamento è proibire tutte le forme di surrogazione, senza eccezioni. Dal punto di vista strettamente giuridico, la regolamentazione della GPA altruistica solleva questioni delicate. Un aspetto riguarda la validità ed efficacia degli accordi di surrogazione. In molti ordinamenti che la ammettono, infatti, la legge prevede che l'accordo iniziale non sia vincolante in caso di ripensamento della gestante. Ad esempio, come già anticipato, nel Regno Unito la surrogata,

⁸⁵ Cfr., Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162

⁸⁶ in Canada, ad esempio, il divieto di retribuzione non impedisce che l'intero percorso abbia costi amministrativi e medici notevoli

CAPITOLO III

essendo considerata la madre legale al momento della nascita, può trattenere il bambino se cambia idea, e solo in seguito – con il suo consenso – il tribunale emette l’ordine di trasferimento della genitorialità alla coppia committente.⁸⁷ Questo meccanismo tutela la libertà della donna fino all’ultimo (nessuno può costringerla a cedere il neonato), ma evidentemente crea incertezza per gli aspiranti genitori, che si affidano alla buona fede della surrogata. Il modello opposto è quello della pre-approvazione degli accordi (adottato ad esempio in alcuni Stati USA): qui un giudice valida l’accordo prima dell’impianto embrionale, dichiarando già chi saranno i genitori legali; ciò evita contenziosi sulla filiazione al momento della nascita, ma solleva il problema di una possibile “coercizione contrattuale” – in teoria la gestante, una volta incinta, non avrebbe più diritto di cambiare idea senza violare un obbligo legale. La proposta italiana del 2021 sembrava orientata verso questa seconda soluzione (filiazione stabilita *ex ante* e gestante senza diritti sul nato), il che però avrebbe probabilmente sollevato dubbi di compatibilità costituzionale. Ci si chiede infatti se sia lecito vincolare in via preventiva una donna a rinunciare a un figlio che porta in grembo: potrebbe profilarsi un conflitto con l’ordine pubblico e con principi fondamentali (in passato, ad esempio, la nostra giurisprudenza ha rifiutato di riconoscere contratti di surrogazione proprio perché considerati contrari alla dignità e allo *status* di madre, indisponibili ex artt. 12 e 22 Cost.). Inoltre, la mancanza di un diritto al ripensamento per la gestante configgerebbe con l’art. 32 Cost. sulla tutela della salute: se nel corso della gravidanza emergessero seri rischi o implicazioni psicologiche, la donna dovrebbe poter rivalutare la sua scelta nell’interesse proprio e del nascituro. Al contrario, prevedere normativamente una facoltà di revoca del consenso da parte della surrogata (come *de facto* avviene in UK) renderebbe molto insicuro l’istituto, dissuadendo probabilmente le coppie dall’affidarsi alla GPA interna. Si crea dunque un dilemma tra certezza del diritto e tutela della libertà personale: dilemma che il legislatore dovrebbe risolvere con equilibrio, ma che per i critici è un motivo in più per non introdurre affatto la surrogazione, essendo impossibile garantire al contempo la totale libertà della madre gestante e la totale sicurezza dei genitori committenti. Un’altra complessità giuridica riguarda il coordinamento con la normativa vigente in materia di adozione e filiazione. La surrogazione altruistica introdurrebbe un *tertium genus*, per la formazione di un legame di filiazione (accanto alla procreazione naturale e all’adozione): andrebbero dunque rivisti molti aspetti, dal riconoscimento anagrafico al ruolo dell’eventuale marito della gestante, fino alle possibili controversie sul rispetto delle condizioni legali. Gli oppositori temono un aumento del contenzioso: ad esempio, dispute su eventuali inadempimenti dell’accordo (se la gestante non si

⁸⁷ Cfr., G. Criscuoli, *La legge inglese sulla “surrogazione materna” tra riserve e proposte*, in Dir. Fam. Pers., 1987, pp. 1035- 1036.

CAPITOLO III

attiene alle indicazioni mediche, o se i committenti rifiutano il bambino nato malato), questioni sul rimborso spese “giusto” etc. Tutti nodi che, a loro avviso, il legislatore non riuscirebbe a prevedere compiutamente, esponendo così donne e bambini a nuove incertezze. Infine, c’è chi rileva come la scelta di consentire solo la forma altruistica possa risultare ipocrita: da un lato si afferma il principio di autodeterminazione (per cui la donna può scegliere liberamente di essere surrogata), dall’altro le si nega quella stessa libertà qualora volesse essere compensata. Se davvero – si argomenta polemicamente – la gestazione per altri è compatibile con la dignità femminile quando è solidale, perché mai diverrebbe indegna con l’aggiunta di un compenso? Questo paradosso potrebbe minare la tenuta logica della normativa, aprendo la porta a future pressioni per ampliare anche al compenso (come avvenuto in altri paesi). I contrari alla GPA usano tale argomento per dire che non esiste una surrogazione davvero “eticamente accettabile”: o si vieta del tutto, o si finisce gradualmente per scivolare verso la commercializzazione. In definitiva, sul piano giuridico-costituzionale le criticità evidenziate ruotano attorno all’idea che la surrogazione – anche altruistica – contrattualizzi la procreazione, trasformando la nascita di un bambino in oggetto di accordo tra adulti, e ciò entra in rotta di collisione con principi basilari del nostro ordinamento (la indisponibilità dello *status* di madre, la tutela della dignità e della salute della gestante, il superiore interesse del minore a non essere oggetto di pattuizioni). Tali principi, secondo questa impostazione, prevalgono sul desiderio pur comprensibile di avere un figlio, rendendo preferibile mantenere il divieto attuale.

In conclusione, il dibattito sulla possibile legalizzazione della maternità surrogata altruistica in Italia contrappone due visioni valoriali. Da un lato, l’aspirazione a un sistema regolato che consenta atti di solidarietà procreativa in un quadro di diritti e responsabilità ben definito, evitando abusi e discriminazioni; dall’altro, il timore che qualsiasi apertura su questo fronte mini la dignità della persona e i fondamenti etici della genitorialità, con rischi di sfruttamento difficilmente eliminabili. La proposta di legge del 2021 ha il merito di aver delineato concretamente come potrebbe funzionare una GPA altruistica compatibile coi principi costituzionali, ma resta oggetto di accesa discussione se tali misure siano effettivamente sufficienti a superare le obiezioni. Il bilanciamento fra autonomia e dignità, fra desiderio di genitorialità e tutela dei soggetti deboli, è estremamente sottile. Sarà compito del legislatore – qualora decida di riaprire la strada a una regolamentazione – valutare con attenzione tutti i pro e i contro, tenendo conto sia delle esperienze straniere (dove modelli altruistici sono in vigore) sia delle peculiarità socio-culturali italiane, nel rispetto dei principi della Costituzione e dei vincoli internazionali esistenti.⁸⁸

⁸⁸ Cfr., Corte Costituzionale, Sentenza n. 272 del 18 dicembre 2017.

CAPITOLO IV

CONFRONTO CON ALTRI ORDINAMENTI GIURIDICI: IL REGNO UNITO E GLI USA

SOMMARIO: 1. Modelli normativi che regolano la GPA in altri Paesi - 2. Un *focus* sui principi di protezione della dignità e della famiglia - 3. Diritto penale e bioetica - bilanciamento tra repressione e libertà - 3.1. Il ruolo del diritto penale nella tutela dei valori etici - 3.2. Il rischio di un eccesso di penalizzazione nella GPA- 3.3. Soluzioni decriminalizzanti e alternative alle sanzioni penali

§1. Modelli normativi che regolano la GPA in altri Paesi

Nel panorama comparato, Regno Unito e Stati Uniti offrono approcci normativi antitetici alla gestazione per altri (GPA). Il Regno Unito ha sviluppato un modello altruistico rigidamente regolamentato, mentre negli Stati Uniti coesistono modelli eterogenei, con ampie aperture anche alla GPA commerciale. Questa differenza riflette scelte di *policy* opposte: l'Europa continentale ha tradizionalmente risposto al fenomeno con divieti e sanzioni penali, a fronte di un'impostazione più liberale nei Paesi di common law.¹ In particolare, da oltre quarant'anni l'ordinamento britannico considera lecita la GPA altruistica, regolamentandola come tecnica di procreazione assistita finalizzata a supplire all'infertilità. Negli Stati Uniti, invece, si è assistito a un'evoluzione dal divieto iniziale verso una piena legittimazione della surrogazione in (quasi) tutte le sue forme, incluse quelle a scopo di lucro. Di seguito si analizzano comparativamente i due modelli, con riguardo a natura altruistica vs. commerciale, condizioni di liceità, tutela del minore, ruolo degli intermediari, intervento dello Stato e *status* giuridico di madre surrogata e genitori d'intenzione.

¹ Cfr., G. Giorgini Pignatiello, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*. Consulta Online, 1(2025), 113-142, p.117.

CAPITOLO IV

In Gran Bretagna la GPA è lecita solo se altruistica: la legge vieta espressamente qualsiasi accordo con carattere commerciale. Il Surrogacy Arrangements Act 1985, adottato sulla scia del Rapporto Warnock, proibisce la maternità surrogata commerciale, ammettendo unicamente le pratiche “gratuite” (non a scopo di lucro) e limitando i compensi al rimborso delle spese ragionevoli sostenute dalla gestante.² Costituisce reato, ad esempio, pubblicizzare la ricerca di una surrogata oppure agire da intermediario commerciale in una GPA.³ La *ratio* di tale impostazione è di evitare qualsiasi forma di mercificazione del corpo e del neonato, scongiurando possibili fenomeni di sfruttamento – un tema di evidente rilievo etico e penalistico che sarà approfondito successivamente.

Un ulteriore pilastro del modello UK è la non vincolatività degli accordi di surrogazione. Gli accordi di GPA non producono obblighi legali esigibili: la madre surrogata, anche se ha assunto impegni verso i committenti, rimane libera di tenere il bambino dopo il parto, non potendo essere costretta a cederlo né chiamata a restituire eventuali spese ricevute qualora cambi idea.⁴ In diritto britannico vige infatti il principio tradizionale *mater semper certa est*: la madre legale è quella che partorisce, anche se geneticamente non biologicamente legata al nato. Di conseguenza, al momento della nascita la surrogata è l'unica madre riconosciuta – e, se la surrogata è coniugata, il suo coniuge è presunto padre del bambino. I genitori d'intenzione non acquisiscono automaticamente alcuno *status* genitoriale alla nascita. Per trasferire la genitorialità ai committenti è necessario ottenere un Parental Order dal tribunale competente (High Court o Family Court) ai sensi dello Human Fertilisation and Embryology Act 2008.⁵ Il procedimento è post-natale e prevede il controllo di un giudice familiare, coadiuvato da un assistente sociale nominato dalla Children and Family Court Advisory and Support Service, quale garante dell'interesse superiore del minore. Tale controllo giudiziale funge da importante salvaguardia: il tribunale verifica che tutte le condizioni di legge siano soddisfatte e che l'ordine di trasferimento di *status* sia nel *best interest* del minore. Nella prassi, la quasi totalità dei Parental Order viene concessa, poiché ritenuta soluzione migliore per la stabilità del minore.

² *Infra*, E. Lamm., *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcellona, 2013, p. 149.

³ Cfr., Department of Health and Social Care (2019). *The Surrogacy Pathway: Surrogacy and the Legal Process for Intended Parents and Surrogates in England and Wales*. Health Ethics, Population Health, Global & Public Health p.7.

⁴ *Infra*, E. Lamm, Op. Cit.

⁵ Cfr., Department of Health and Social Care, Op. Cit., p.7

CAPITOLO IV

La legislazione inglese impone rigorose condizioni di liceità per la GPA. Oltre al divieto di lucro già menzionato, i requisiti per ottenere un Parental Order includono: i) che almeno uno dei genitori d'intenzione abbia contribuito geneticamente al concepimento (ovulo o seme); ii) che i richiedenti siano maggiorenni e – dopo una riforma sollecitata dalla giurisprudenza sui diritti umani – possano essere tanto coppie (sposate, unite civilmente o conviventi *more uxorio*) quanto single⁶; iii) che la domanda sia presentata entro 6 mesi dal parto, con il bambino già affidato di fatto ai committenti; iv) che la surrogata e suo eventuale coniuge acconsentano liberamente al trasferimento della genitorialità, firmando il consenso non prima di 6 settimane dopo il parto (per assicurare una decisione ponderata); v) che non vi siano pagamenti oltre le spese documentate, salvo autorizzazione del giudice. Il tribunale, verificati questi presupposti (cfr. HFEA 2008, sez.54), emette l'ordine definitivo tenendo conto primariamente del benessere del minore. Questo *iter* accentua il ruolo dello Stato: la genitorialità intenzionale è subordinata a un vaglio successivo alla nascita, avente natura tutelativa. Ciò distingue il sistema britannico sia dai modelli permissivi (dove la genitorialità legale degli intended parents è riconosciuta *ex ante* o *ex lege*), sia dall'approccio italiano, in cui la surrogazione è del tutto preclusa e sanzionata. Nel Regno Unito, invece, la GPA altruistica è incoraggiata come pratica lecita ma incorniciata da stringenti tutele per tutte le parti coinvolte.⁷ È significativo notare che, nonostante l'assenza di vincoli contrattuali, i casi di contenzioso sono rimasti rari: la cultura della fiducia reciproca – spesso facilitata da organizzazioni no-profit di settore – fa sì che quasi sempre la surrogata rispetti l'accordo e affidi il neonato ai committenti, e che questi ottengano poi l'ordine parentale nell'interesse del bambino.⁸ Laddove tuttavia emergessero controversie, il diritto inglese dispone degli strumenti per risolverle caso per caso (ad esempio attraverso ordini di affidamento nell'esclusivo interesse del minore). Va aggiunto che il modello UK è in evoluzione: riconosciuta la necessità di aggiornarlo, la Law Commission inglese ha recentemente proposto riforme per snellire il percorso della GPA mantenendo le garanzie. Tra le idee in discussione vi sono l'introduzione di un sistema di autorizzazione pre-concepimento (che attribuirebbe ai committenti lo status genitoriale fin dalla nascita, evitando il limbo giuridico

⁶ *Infra*, Alghrani, Amel and Griffiths, Danielle *The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform*. Child and Family Law Quarterly, 29 (2). ISSN 1358-8184, 2017, p.2.

⁷ Cfr., G. Giorgini Pignatiello, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*. Consulta Online, 1(2025), 113-142, 2025, p.117.; *Infra*, De Groot, D. A. J. G.. *Surrogacy: The legal situation in the EU*. European Parliamentary Research Service (EPRS), Briefing EPRS_BRI(2025)769508, p.7.

⁸ Cfr., Department of Health and Social Care (2019). *The Surrogacy Pathway: Surrogacy and the Legal Process for Intended Parents and Surrogates in England and Wales*. Health Ethics, Population Health, Global & Public Health, pp.19 e ss.

post-parto) e l'apertura a compensi moderati per la surrogata, così da superare l'attuale divieto assoluto di remunerazione.⁹ Tali proposte, ispirate anche alle esperienze d'oltreoceano, mirano a rendere la disciplina "fit for purpose" nel XXI secolo senza abdicare ai principi etici di base. Il dibattito sui possibili correttivi – compensi, tempi del trasferimento di *status*, ruolo degli enti no-profit – richiama direttamente questioni bioetiche e di diritto penale: ad esempio, se un parziale riconoscimento economico della gestante possa avvenire senza scadere nella commercializzazione del corpo.

Sul versante opposto troviamo il modello statunitense, caratterizzato da estrema varietà normativa e dalla presenza sia di GPA altruistica che commerciale, a seconda degli Stati. Non esiste una legge federale sulla *surrogacy*: la disciplina è affidata ai singoli Stati federati, con esiti molto diversificati. Si può così parlare di un c.d. mosaico normativo (*mishmash*).¹⁰ Alcuni Stati adottano un approccio restrittivo simile a quello continentale, mentre altri favoriscono una completa attuazione dell'autonomia privata in questo ambito. Storicamente, i primi casi giudiziari negli anni '80-'90 hanno spinto diversi Stati a vietare o limitare fortemente la GPA. Celebre è il caso Baby M,¹¹ in cui un contratto di surrogazione tradizionale fu dichiarato nullo per contrarietà all'ordine pubblico (la corte ritenne inammissibile cedere dietro compenso i diritti sul bambino). Sulla scia di tale orientamento, Stati come New York adottarono leggi molto rigide: per lungo tempo a New York tutti gli accordi di *surrogacy* – anche altruistici – sono stati dichiarati nulli e contrari alla policy statale, con la previsione di sanzioni per chi vi prendeva parte.¹² Analogamente il District of Columbia, il Michigan e altri Stati consideravano reato la stipula di contratti di maternità surrogata commerciale, comminando pene pecuniarie e/o detentive ai trasgressori. Ad esempio, in Michigan, il Surrogate Parenting Act del 1988 - rimasto in vigore fino al 1 aprile 2024¹³ - puniva la surrogazione dietro corrispettivo con multa fino a 50.000\$ e fino a cinque anni di reclusione. In questi ordinamenti il legislatore ha equiparato la GPA commerciale a una forma di *baby-selling* da reprimere penalmente. Perfino la GPA altruistica talvolta non è riconosciuta: prima della recente

⁹ *Infra*, Alghrani, Amel and Griffiths, Danielle, Op. Cit.

¹⁰ *Infra*, Mohapatra, Seema, *States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States. COMMODIFICATION OF THE HUMAN BODY: A CANNIBAL MARKET* (Eds. J.D. Rainhorn & S. El Boudamoussi) Editions de la Fondation Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 2015., Symposium "Globalisation and commodification of the Human Body: A Cannibal Market?", Brocher Foundation, Geneva), 2013/14, pp. 5-6.

¹¹ *In re, Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988)

¹² Cfr., Mohapatra Seema, Op. Cit., p. 5.

¹³ *Infra*, Weaver, K., *Sweeping Changes to Michigan Surrogacy Laws in 2024*. Referees Association of Michigan, 2025.

CAPITOLO IV

riforma, New York la proibiva in ogni forma. Questa impostazione si basa su considerazioni etico-giuridiche (tutela della dignità e prevenzione di abusi) analoghe a quelle riscontrabili nelle legislazioni europee più rigide.

Accanto a tali realtà proibizioniste, la maggior parte degli Stati USA ha gradualmente abbracciato un approccio più permissivo, soprattutto verso la GPA gestazionale (dove la surrogata non è madre genetica). Già dagli anni '90 la California, attraverso la giurisprudenza, ha riconosciuto la validità di contratti di surrogazione, ponendo le basi di un modello liberalizzatore poi fatto proprio da altri Stati.¹⁴ Oggi numerosi Stati considerano la GPA (compresa quella commerciale) lecita e tutelabile. Non vige più – in gran parte del territorio – alcuna criminalizzazione, bensì una regolamentazione che tende a legittimare anche i casi a scopo di lucro, purché rispettate certe condizioni.¹⁵ Ad esempio, California, Illinois, Nevada e altri hanno emanato leggi organiche che prevedono l'efficacia giuridica dei contratti di gestazione per altri e disciplinano il riconoscimento della filiazione intenzionale. In California, considerata lo Stato leader in materia, la normativa consente a qualsiasi configurazione familiare (coppie sposate o meno, anche omosessuali, o single) di stipulare accordi di GPA; i contratti sono vincolanti e, con un ordine giudiziario emesso prima della nascita, i genitori d'intenzione ottengono di essere indicati sin dal certificato di nascita come genitori legali.¹⁶ In tal modo la surrogata non acquista mai lo *status* di madre legale del bambino, che appartiene *ab origine* ai committenti. Notevolmente, alcune giurisdizioni (.es. California, Connecticut, Minnesota) riconoscono genitori legali i committenti anche in assenza di legame genetico con il nato, evitando il ricorso all'adozione. ¹⁷Ciò consente, ad esempio, il ricorso a embrioni da donatori esterni: la "volontà procreativa" prevale sul dato biologico, in contrasto col requisito genetico previsto invece dal diritto inglese. In generale, negli Stati *surrogacy-friendly* le corti applicano il principio dell'*intended parenthood*, dando priorità all'intento delle parti validamente espresso nel contratto. Tuttavia, permangono differenze significative tra le legislazioni statali USA. Condizioni di liceità: alcuni Stati adottano un'impostazione intermedia, ammettendo la GPA ma solo per determinati soggetti o con determinati limiti. Ad esempio Florida, New Hampshire, Texas, Virginia e Tennessee

¹⁴ Si veda, a tal proposito, *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993)

¹⁵ Cfr., G. Giorgini Pignatiello, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*. Consulta Online, 1(2025), 113-142, p.117.

¹⁶ *Infra*, Mohapatra, Seema, *States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States, COMMODIFICATION OF THE HUMAN BODY: A CANNIBAL MARKET* (Eds. J.D. Rainhorn & S. El Boudamoussi) Editions de la Fondation Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 2015., Symposium "Globalisation and commodification of the Human Body: A Cannibal Market?", Brocher Foundation, Geneva), 2013/14, pp. 6-7.

¹⁷ *Infra*, Seema Mohapatra, Op. Cit..

CAPITOLO IV

consentono la surrogazione gestazionale unicamente a coppie eterosessuali sposate, escludendo di fatto single e conviventi.¹⁸ In aggiunta, diversi di questi Stati richiedono che la coppia committente dimostri un'indicazione medica (infertilità o impossibilità a procreare) come presupposto per accedere alla GPA. Tale requisito – improntato a una logica di “ultima ratio” – tradizionalmente ha impedito, ad esempio, alle coppie omosessuali maschili di avvalersi della *surrogacy* in quegli Stati (non trattandosi di infertilità clinica), sebbene dopo la legalizzazione del matrimonio egualitario tali norme siano in evoluzione. In contrasto, Stati come California, Illinois o Connecticut non impongono né il vincolo del matrimonio né quello dell'infertilità, aprendo la GPA a qualsiasi adulto idoneo a fungere da genitore.¹⁹ Vi sono poi Stati che mantengono ancora divieti assoluti: ad esempio il Michigan e l'Indiana dichiarano nulli tutti i contratti di surrogazione (anche altruistici); l'Arizona nega riconoscimento legale alla maternità surrogata per statuto; in Louisiana la GPA è vietata salvo che i committenti siano coppie etero sposate e la surrogata sia una parente stretta senza compenso (una delle normative più restrittive).²⁰ È importante sottolineare che questo quadro è in costante mutamento: negli ultimissimi anni alcuni Stati storicamente ostili hanno invertito rotta. New York, ad esempio, nel 2020 ha abrogato il proprio divieto, introducendo una legge che consente la GPA compensata con rigorose misure di tutela;²¹ anche il District of Columbia ha legalizzato la gestazione per altri pur imponendo controlli.²² Il trend complessivo negli USA è dunque verso la liberalizzazione regolata, riducendo il numero di Stati che ancora adottano un approccio penal-sanzionatorio puro. Questo processo di “decriminalizzazione” progressiva evidenzia il diverso bilanciamento statunitense tra autonomia privata e protezione dei soggetti deboli. Piuttosto che proibire *in toto* la pratica, molti stati scelgono di regolarla, confidando che una disciplina adeguata possa prevenire abusi senza negare il diritto di formare una famiglia.²³ Su questo punto torneremo nelle riflessioni bioetiche del § 3, in merito alla capacità di autodeterminazione della donna e ai limiti del paternalismo legislativo.

¹⁸ *Infra*, Seema Mohapatra, Op. Cit.

¹⁹ *Infra*, Seema Mohapatra, Op. Cit.

²⁰ *Infra*, Seema Mohapatra, Op. Cit.

²¹ Si veda , a tal proposito, New York State Legislature, *Child-Parent Security Act*, S.2071/A.1071 (enacted 15 April 2020, effective 15 February 2021)

²² Si veda, a tal proposito, Council of the District of Columbia, *Collaborative Reproduction Amendment Act of 2016*, D.C. Law 21-0252, effective 7 April 2017.

²³ Cfr., G. Giorgini Pignatiello, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*. Consulta Online, 1(2025), 113-142, pp. 117 e ss.

CAPITOLO IV

In entrambi i modelli, la protezione del minore è una preoccupazione centrale, ma viene perseguita con strumenti diversi. Nel Regno Unito il meccanismo del Parental Order assicura un controllo postumo: il giudice emette l'ordine solo se convinto che ciò giovi al bambino, valutando l'idoneità dei committenti e acquisendo il consenso informato della surrogata.²⁴ Negli Stati Uniti, soprattutto negli ordinamenti che convalidano i contratti, la tutela del minore è affidata primariamente alla corretta predisposizione dell'accordo e alla selezione iniziale dei partecipanti. Si presume che, stabilendo sin dall'inizio chi saranno i genitori legali, si garantisca al bambino una situazione chiara e stabile fin dal parto, evitandogli eventuali contese. In caso di controversie impreviste, interviene comunque il giudice: ad esempio, qualora una surrogata negli USA rifiutasse di consegnare il neonato (evenienza rara, ma teoricamente possibile), un tribunale deciderebbe l'esito ponendo al centro il *best interest of the child* sul modello del diritto minorile (come avverrebbe in una disputa per l'affidamento). Un caso paradigmatico fu il già citato caso Baby M, avente ad oggetto una controversia per GPA tradizionale: la Corte Suprema del Tennessee stabilì che il contratto in sé non violava la policy statale, ma puntualizzò, come già accennato poc'anzi, che la rescissione dei diritti parentali della surrogata potesse avvenire solo dopo una valutazione giudiziale dell'interesse del minore. Inoltre, dispose che il compenso pattuito non poteva in alcun modo essere condizionato alla rinuncia al bambino da parte della madre surrogata – clausola che avrebbe configurato una sorta di indebito “prezzo” del neonato.²⁵ Tale decisione evidenzia l'equilibrio che talvolta le corti statunitensi ricercano: far rispettare gli accordi leciti, ma mitigandoli quando necessario per proteggere il bambino e la stessa madre portatrice da possibili conseguenze pregiudizievoli. Di fatto, nei contenziosi la giustizia americana non ignora il parametro del *welfare* del minore, anzi lo integra nel giudizio di validità o esecuzione del contratto (ad es. verificando l'assenza di coercizione, l'adeguatezza dei genitori intenzionali, ecc.). Ciò detto, una distinzione va fatta tra GPA gestazionale e tradizionale: nella *surrogacy* gestazionale (ovulo di terzi), la portatrice non ha legame genetico e in molti Stati essa non acquisisce mai lo status di madre legale, eliminando così la necessità di una formale terminazione dei suoi diritti parentali. Nella *surrogacy* tradizionale (più rara e spesso scoraggiata), la surrogata è anche madre biologica: alcuni Stati la equiparano a una madre naturale, richiedendo un'adozione da parte della madre intenzionale o comunque un suo

²⁴ Cfr., Department of Health and Social Care (2019). *The Surrogacy Pathway: Surrogacy and the Legal Process for Intended Parents and Surrogates in England and Wales*. Health Ethics, Population Health, Global & Public Health, pp.19 e ss.

²⁵ Cfr., White, J. S., *Gestational Surrogacy Contracts in Tennessee: Freedom of Contract Concerns & Feminist Principles in the Balance*. Belmont Law Review, 2015, p. 270 e ss.

CAPITOLO IV

consenso dopo il parto. Per esempio, la normativa del Tennessee definisce sì gli accordi di *surrogacy* ma – almeno nella versione del 2010 – non ne autorizza espressamente l'esecuzione, mantenendo la surrogata come potenziale madre legale fino a eventuale adozione o ordine giudiziale.²⁶ In pratica, negli USA lo *status* genitoriale dipende fortemente dallo Stato competente e dalla tipologia di *surrogacy*: si va da scenari in cui i committenti sono genitori *ex lege* e la surrogata è totalmente estromessa, a scenari in cui – in assenza di riconoscimento legale del contratto – la surrogata partorienti resta madre legale e i committenti devono ricorrere all'adozione del bambino (come accadrebbe se, ad esempio, si tentasse una GPA in uno Stato che la vieta). Per evitare questi conflitti di legge interstatali, spesso i contratti USA prevedono clausole che obbligano la gestante a non spostarsi durante la gravidanza e a partorire nello Stato concordato, proprio per garantire l'applicazione della legge favorevole scelta dalle parti.²⁷ Infatti, mentre il Regno Unito privilegia una tutela *ex post* tramite l'intervento pubblico del giudice, gli Stati Uniti puntano su strumenti *ex ante* (contratto, eventuale omologazione preventiva) per assicurare al minore una famiglia intenzionale fin dalla nascita, intervenendo *ex post* solo se necessario a tutelare in maniera più efficace le parti coinvolte. Entrambi i sistemi, pur così differenti, dichiarano di perseguire il miglior interesse del bambino sebbene declinato con mezzi giuridici diversi.²⁸ La scelta tra un controllo pubblico rigoroso (modello UK) e la fiducia nell'autonomia privata (modello USA) riflette differenti sensibilità su quale rischio sia maggiore: quello di ledere la sicurezza del minore lasciando troppo spazio alla libertà contrattuale, o quello di limitare le chance di avere un figlio negando validità agli accordi voluti dalle parti.

Un'altra divergenza notevole riguarda la gestione “operativa” della GPA. In Gran Bretagna, coerentemente con il divieto di commercializzazione, non esistono agenzie for-profit di intermediazione. La legge vieta che terzi organizzino o negozino la GPA come attività d'impresa.²⁹ Ciò non impedisce l'esistenza di enti di supporto: operano infatti alcune organizzazioni no-profit

²⁶ Si veda, a tal proposito, Tennessee Code Ann., Title 36 – Domestic Relations, § 36-1-102(50)

²⁷ *Infra*, Mohapatra, Seema, *States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States, COMMODIFICATION OF THE HUMAN BODY: A CANNIBAL MARKET* (Eds. J.D. Rainhorn & S. El Boudamoussi) Editions de la Fondation Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 2015., Symposium "Globalisation and commodification of the Human Body: A Cannibal Market?", Brocher Foundation, Geneva), 2013/14, p.5.

²⁸ Cfr., G. Giorgini Pignatiello, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*. Consulta Online, 1(2025), 113-142, p. 141.

²⁹ Cfr., Department of Health and Social Care, *The Surrogacy Pathway: Surrogacy and the Legal Process for Intended Parents and Surrogates in England and Wales*. Health Ethics, Population Health, Global & Public Health, 2019, pp.7 e ss.

CAPITOLO IV

(ad es. Surrogacy UK, COTS) che mettono in contatto surrogata e committenti e forniscono orientamento lungo il percorso, senza scopo di lucro. Tali enti altruistici sopperiscono in parte all'assenza di agenzie commerciali, ma la loro attività è limitata dalla legge: non possono formalmente contrattare termini vincolanti né percepire compensi oltre il recupero dei costi amministrativi, né fare pubblicità generalista. Anche i professionisti devono muoversi con cautela: un avvocato non può, ad esempio, negoziare un accordo di GPA dietro compenso come farebbe per un normale contratto, poiché ciò integrerebbe gli estremi di intermediazione a fine di lucro vietata. In pratica, la regolazione pubblica del modello UK consiste nel combinare proibizioni penali (contro sfruttamento commerciale) e supervisione post-nascita (tribunale per il Parental Order), mentre la fase precontrattuale e contrattuale è lasciata all'autodisciplina delle parti con supporto informale delle associazioni autorizzate. Non vi è un'autorità amministrativa preposta a vagliare le singole intese in anticipo (a differenza di quanto avviene in alcuni ordinamenti, ad es. la Nuova Zelanda richiede l'approvazione di un Ethics Committee prima della GPA).³⁰ Tuttavia, il diritto inglese sta valutando l'introduzione di forme di controllo preliminare: la riforma prospettata dalla Law Commission ipotizza un regime di *surrogacy agreements* pre-approvati da un organismo competente, cosicché alla nascita i committenti vengano automaticamente riconosciuti genitori, riducendo l'incertezza attuale.³¹ Tale evoluzione renderebbe il sistema più simile a una "licenza" preventiva, pur mantenendo la *surrogacy* entro canali altruistici.

Negli Stati Uniti, al contrario, si è sviluppato un vero e proprio mercato, con una fitta rete di intermediari privati. In assenza di divieti federali, agenzie specializzate operano liberamente (salvo requisiti generali di licenza commerciale), mettendo in relazione coppie committenti e potenziali gestanti su base professionale. Queste agenzie si occupano di selezionare e sottoporre a screening le surrogate (valutazioni mediche e psicologiche, spesso assicurandosi che abbiano già avuto figli propri, ecc.), di coordinare il percorso medico-legale e di gestire gli aspetti logistici. Il loro intervento, insieme a quello di studi legali e cliniche della fertilità, ha contribuito a professionalizzare la GPA negli USA ma ha anche fatto lievitare i costi complessivi. I contratti di surrogacy negli Stati Uniti comportano infatti esborsi molto elevati per i committenti: secondo dati riportati anche dalla dottrina britannica, il costo medio di una GPA negli USA è intorno a £120.000

³⁰ Cfr., G. Giorgini Pignatiello, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*. Consulta Online, 1(2025), 113-142., pp. 142 e ss.

³¹ *Infra*, Alghrani, Amel and Griffiths, Danielle, *The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform*. Child and Family Law Quarterly, 29 (2). ISSN 1358-8184, 2017

CAPITOLO IV

(circa 140–150.000 €).³² Una stima del 2014 indicava un range di 75.000–120.000 \$ a seconda dei casi. Questa somma include: il compenso per la gestante (tipicamente \$30.000–40.000 per una gravidanza, a seconda di esperienza e Stato)³³, il rimborso delle sue spese e delle eventuali complicanze; i gettoni per donatori di ovuli (in caso di *egg donation*, spesso \$5.000–10.000); le commissioni dell'agenzia di *matching* (anche \$20.000 o più)³⁴; gli onorari legali (contrattazione, procedure in tribunale, circa \$5.000–10.000); i costi medici dell'IVF e del parto (spesso coperti dall'assicurazione sanitaria della surrogata o con polizze ad hoc). In Stati come la California, dove la domanda è alta e la pratica ben oliata, le surrogate professionali possono percepire compensi base attorno a \$40.000, oltre a benefit aggiuntivi (bonus per gravidanza gemellare, indennità mensili, assicurazione sanitaria, spese di viaggio).³⁵ Le transazioni economiche sono distribuite lungo la gravidanza e finalizzate per lo più al parto, per evitare l'idea di un pagamento “per il bambino” in sé. È evidente come la presenza di attori for-profit differenzi radicalmente il modello statunitense: qui la figura dell'intermediario non solo è ammessa, ma svolge un ruolo cruciale nell'organizzazione della GPA. Alcuni Stati hanno cominciato a regolare questi intermediari per garantire standard minimi – la legge di New York del 2020, ad esempio, impone che la surrogata e i committenti abbiano ciascuno un proprio avvocato indipendente, che la surrogata abbia diritto a un'assicurazione sanitaria dedicata e a counseling psicologico, ecc., con l'istituzione di un registro di agenzie autorizzate. In generale, però, il settore negli USA è stato per anni autodisciplinato dalle linee guida dell'American Society for Reproductive Medicine (ASRM) più che da norme di legge stringenti. Gli intermediari hanno quindi riempito il vuoto normativo offrendo servizi completi, che se da un lato facilitano l'accesso alla *surrogacy* per i committenti (sgravandoli degli aspetti organizzativi), dall'altro sollevano interrogativi etici sulla *commodification*: la maternità surrogata diventa oggetto di contrattazione economica, con tariffe di mercato per ogni aspetto. Tali preoccupazioni hanno spinto alcune autrici femministe a criticare il modello commerciale, paventando il rischio di sfruttamento delle donne meno abbienti reclutate come gestanti. Al

³² Cfr. V. Jadv, H. Prosser and N. Gamble “*Cross-border and domestic surrogacy in the UK context: an exploration of practical and legal decision-making*” (2018) *Human Fertility*, pp. 1464-1472.

³³ *Infra*, Mohapatra, Seema, *States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States. COMMODIFICATION OF THE HUMAN BODY: A CANNIBAL MARKET* (Eds. J.D. Rainhorn & S. El Boudamoussi) Editions de la Fondation Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 2015., Symposium “Globalisation and commodification of the Human Body: A Cannibal Market?”, Brocher Foundation, Geneva), 2013/14, p.4.

³⁴ *Infra*, Seema Mohapatra, Op. Cit.

³⁵ Cfr., Law Commission & Scottish Law Commission, *Building Families Through Surrogacy: A New Law*. A Joint Consultation Paper, Consultation Paper No. 244 / Discussion Paper No. 167, 2019, p. 64.

contempo, altri sottolineano come la libertà contrattuale consenta alle donne di decidere consapevolmente di diventare surrogate e ai genitori committenti di realizzare il loro progetto familiare, invocando la tutela del diritto alla procreazione e all'autonomia personale.³⁶ La dottrina statunitense dibatte da tempo su questi temi, cercando un equilibrio tra *freedom of contract* e *public policy*: da un lato, il riconoscimento della GPA come scelta riproduttiva meritevole di tutela (espressione del diritto alla privacy familiare garantito anche a livello costituzionale in alcuni Stati, come il Tennessee); dall'altro, la necessità di prevenire abusi e sfruttamento delle donne in un contesto dove circolano ingenti somme di denaro. Queste tensioni principali, ben note anche nel dibattito europeo, saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi successivi, in chiave di analisi etico-biojuridica e penalistica. Basti qui evidenziare che le esperienze di common law dimostrano la possibilità di regolamentare la GPA (anche commerciale) senza automaticamente scivolare nell'abuso delle parti più vulnerabili, tramite opportuni correttivi normativi e giudiziali. Ad esempio, l'adozione di standard minimi per i contratti, la supervisione di un'autorità pubblica o giudice (come avviene in vari Stati USA con l'*approval* dei tribunali, o in UK col Parental Order post nascita³⁷), e la previsione di diritti e doveri chiari per tutti gli attori, sono strumenti che possono attenuare i rischi insiti nella surrogazione tanto altruistica quanto commerciale. In definitiva, il confronto UK–USA illumina due modelli antitetici ma convergenti nell'obiettivo finale: tutelare il nascituro e i soggetti coinvolti bilanciando interessi e valori in gioco. Le soluzioni adottate – dal divieto penale alla liberalizzazione contrattuale regolata – rappresentano scelte di politica legislativa profondamente influenzate da considerazioni morali, che chiamano in causa il ruolo del diritto penale e la concezione della libertà individuale. Queste questioni di fondo saranno riprese successivamente, ove si discuterà, ad esempio, se la risposta sanzionatorio-paternalistica (tipica degli ordinamenti che vietano la GPA) sia davvero efficace e conforme ai principi di uguaglianza e autodeterminazione, o se invece un approccio permissivo regolato – come quelli inglese e di molti Stati americani – possa meglio garantire i diritti fondamentali di tutte le parti senza sacrificare la dignità e la sicurezza di nessuno.³⁸ In tal modo, l'analisi giuridica comparata prepara il terreno alla valutazione critica, etica e penalistica della maternità surrogata in prospettiva globale.

³⁶ Cfr., White, J. S., *Gestational Surrogacy Contracts in Tennessee: Freedom of Contract Concerns & Feminist Principles in the Balance*. Belmont Law Review, 2015, p. 270.

³⁷ Cfr., Law Commission & Scottish Law Commission, *Building Families Through Surrogacy: A New Law*. A Joint Consultation Paper, Consultation Paper No. 244 / Discussion Paper No. 167, 2019

³⁸ Cfr., Giorgini Pignatiello, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*. Consulta Online, 1(2025), 113-142, p. 141.

§2. Un focus sui principi di protezione della dignità e della famiglia

In Italia, la maternità surrogata è vietata in ogni forma, con una normativa che riflette un impianto fortemente protettivo della dignità della donna e della famiglia tradizionale³⁹. La giurisprudenza italiana⁴⁰ – inclusa la Corte costituzionale⁴¹ – ha più volte ribadito l’incompatibilità della GPA con i principi fondamentali dell’ordinamento, pur riconoscendo la necessità di tutelare i diritti del minore nato da tali pratiche attraverso strumenti residuali come l’adozione in casi particolari⁴².

Questo approccio restrittivo contrasta sensibilmente con quanto avviene in ordinamenti come quello britannico e statunitense, dove – pur tra limiti e differenze – si tende a riconoscere un maggior spazio alla libertà procreativa e alla regolazione giuridica consensuale della surrogazione. In tali sistemi, la centralità attribuita al consenso informato e alla tutela del superiore interesse del minore si traduce in soluzioni normative meno rigide e più inclini ad accogliere le istanze sociali e affettive dei soggetti coinvolti. Ne deriva un contrasto paradigmatico tra la funzione etico-simbolica e deterrente della normativa italiana e l’approccio pragmatico e adattivo che caratterizza gli ordinamenti anglosassoni.

Di converso, l’ordinamento del Regno Unito adotta un approccio più permissivo, sia pure entro confini ben delineati, riflettendo una diversa ponderazione di dignità, autonomia e valori familiari. Nel sistema britannico – privo di una Costituzione scritta paragonabile a quella italiana – la surrogazione di maternità non è vietata in senso assoluto, ma è regolamentata per evitare abusi e fenomeni c.d. di *exploitation*. Fin dal Surrogacy Arrangements Act 1985, il legislatore d’oltremania ha bandito ogni intermediazione commerciale, consentendo solo accordi altruistici (non a scopo di lucro) tra la gestante e i committenti. È illecito infatti pagare un compenso oltre al mero rimborso delle spese ragionevoli sostenute dalla *surrogate mother*.⁴³ Questa scelta normativa, maturata sull’onda di preoccupazioni etiche analoghe a quelle italiane, mira a scongiurare la mercificazione del corpo femminile senza però precludere *in toto* la possibilità di formare una famiglia tramite surrogazione. In Gran Bretagna la donna che partorisce è considerata, *ex lege*, la

³⁹ Si vedano, a tal proposito § 1 del Cap I; §§ 2.1. e ss. del Cap II.

⁴⁰ Cfr., Corte di Cassazione, SS.UU. civili, Sentenza n. 12193 dell’8 maggio 2019.

⁴¹ Cfr., Corte Costituzionale, Sentenza n. 230 del 4 novembre 2020, §9.1

⁴² Si veda, a tal proposito, E. Frontoni, *L’adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l’interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 2, 2021, Osservatorio sulla Corte costituzionale., 2021

⁴³ Si veda, a tal proposito: <https://it.aleteia.org/2014/03/05/la-gran-bretagna-e-la-patria-della-maternita-surrogata>

CAPITOLO IV

madre legale del bambino al momento della nascita; tuttavia, la Human Fertilisation and Embryology Act (nella sua versione aggiornata, 2008) prevede un meccanismo *post-partum* di trasferimento della genitorialità agli *intended parents*. Su richiesta degli interessati, e verificato che l'accordo surrogatorio sia volontario e gratuito, il tribunale emette un'ordinanza (c.d. *parental order*) che attribuisce alla coppia committente lo *status* di genitori del minore, estinguendo parallelamente i diritti e doveri parentali della gestante. Si tratta di una soluzione di compromesso: da un lato lo Stato britannico protegge la dignità e la libertà della madre surrogata impedendo derive commerciali e richiedendo il suo consenso informato e revocabile fino al provvedimento finale; dall'altro lato, viene perseguito il *best interest of the child*, assicurando al neonato il riconoscimento legale di una famiglia stabile il prima possibile. La famiglia, nell'esperienza giuridica inglese, è concepita in maniera più flessibile rispetto al modello italiano: le norme attuali permettono l'accesso alla *surrogacy* a coppie sposate, conviventi o unite civilmente – comprese coppie omosessuali – e persino a single (a seguito di riforme recenti), a condizione che vi sia almeno un legame genetico con il nascituro. Ciò rivela un concetto di famiglia inteso principalmente come progetto affettivo-genitoriale, non necessariamente coincidente con lo schema tradizionale eterosessuale e biologico. Anche il principio di dignità è declinato diversamente: invece di tradursi in un divieto assoluto, esso si concretizza nella tutela della volontarietà e gratuità dell'atto – si presume cioè che la dignità della gestante sia salvaguardata quando ella agisce per generosità e non per costrizione economica. Non essendo in gioco una “norma di ordine pubblico” paragonabile a quella italiana, l'ordinamento britannico affronta la surrogazione come questione di regolazione e bilanciamento pratico: il diritto interviene per prevenire *ex ante* gli scenari più delicati (ad esempio vietando la pubblicità e l'intermediazione a scopo di profitto) e per gestire *ex post* l'attribuzione della genitorialità nell'interesse del minore. In definitiva, nel Regno Unito si è trovata – anche per via giurisprudenziale e attraverso periodiche revisioni legislative – una sintesi tra il principio di solidarietà verso chi non può avere figli e l'esigenza di evitare che la capacità procreativa della donna divenga oggetto di commercio. Proprio su quest'equilibrio si innestano proposte di riforma: la Law Commission britannica ha di recente suggerito di aggiornare la disciplina, ad esempio introducendo un regime di riconoscimento parentale pre-nascita condizionato, segno di un continuo affinamento del bilanciamento tra autodeterminazione, dignità e tutela della famiglia nel contesto della *surrogacy* (seguito con attenzione dal diritto comparato).

Passando all'esperienza degli Stati Uniti, il quadro diviene ancor più eterogeneo, riflettendo la natura federale e le diverse sensibilità etico-giuridiche dei singoli Stati. Non esiste una normativa unitaria federale sulla maternità surrogata: ogni Stato federato ha legiferato in materia secondo

CAPITOLO IV

orientamenti propri, determinando una vera mosaico regolativo (definito in dottrina “*states of confusion*” per la disomogeneità delle discipline). Si registrano così approcci diametralmente opposti entro il medesimo paese: alcuni Stati USA autorizzano e facilitano la surrogazione, anche di tipo commerciale, considerandola una lecita espressione della libertà contrattuale e del diritto alla procreazione (emblematico il caso della California, divenuta un polo internazionale per la *surrogacy* data la legislazione permissiva)⁴⁴; altri Stati, invece, vietano o addirittura criminalizzano la pratica, ritenendola contraria all’ordine pubblico locale e assimilabile a una forma di commercio di minori (New York e New Jersey, ad esempio, avevano bandito la surrogazione retribuita in reazione al caso Baby M).⁴⁵ Di conseguenza, negli USA i principi di dignità e famiglia non trovano una declinazione univoca: nelle giurisdizioni più liberali prevale la valorizzazione dell’autonomia individuale e del progetto genitoriale (si tutela la “dignità” intesa come autodeterminazione, consentendo alla donna di scegliere liberamente di fare da gestante per altri, e alle coppie di accedere a nuove forme di genitorialità), mentre negli Stati restrittivi prevalgono considerazioni di morale pubblica e dignità oggettiva, analoghe a quelle sostenute in Italia, che portano a stigmatizzare la surrogazione come lesiva del rispetto dovuto alla persona. È significativo notare che negli anni ‘80 la vicenda giudiziaria di Baby M (1988) – in cui un contratto di surrogazione tradizionale venne dichiarato nullo e contrario all’ordine pubblico dal tribunale del New Jersey – aveva inizialmente fatto pensare a un rigetto definitivo della pratica negli Stati Uniti. Tuttavia, casi successivi come *Johnson v. Calvert* (Cal. Supreme Court 1993), di segno opposto, hanno contribuito a delineare un trend maggioritario di apertura: oggi gli USA sono considerati il contesto più accogliente a livello globale per la *surrogacy*, tanto che molte coppie dall’estero vi si recano per realizzare il desiderio di un figlio.⁴⁶ Nel complesso, la “*living law*” statunitense si è evoluta attraverso pronunce e interventi legislativi statali frammentari ma convergenti verso una maggiore accettazione della pratica (si pensi alle leggi che, in Stati come la California, prevedono procedure giudiziali snelle per riconoscere subito entrambi i committenti come genitori, ovvero alle recenti riforme di Stati inizialmente proibizionisti, come New York, che dal 2021 consente la surrogazione remunerata

⁴⁴ *Infra*, G. Giorgini Pignatiello, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*. Consulta Online, 1(2025), 113-142, pp. 139 e ss.

⁴⁵ Cfr., Mohapatra, Seema, *States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States. COMMODIFICATION OF THE HUMAN BODY: A CANNIBAL MARKET* (Eds. J.D. Rainhorn & S. El Boudamoussi) Editions de la Fondation Maison des Sciences de l’Homme, Paris, 2015., Symposium “Globalisation and commodification of the Human Body: A Cannibal Market?”, Brocher Foundation, Geneva), 2013/14, p. 5.

⁴⁶ *Infra*, Field Martha A., *Compensated Surrogacy*, citation: 89 Wash. L. Rev. 1155 2014, pp. 1160 e ss.

entro limiti specifici). Tale tendenza coesiste con norme di rigoroso divieto in alcune giurisdizioni; ciononostante, a livello federale americano prevale l'idea che la regolamentazione debba lasciare spazio alla libertà negoziale delle parti, confidando nei controlli *ex post* (ad esempio, procedure giudiziarie per l'ordine di parentela) più che in un divieto penale generalizzato. In assenza di un principio costituzionale esplicito su dignità o famiglia applicabile alla *surrogacy*, il diritto statunitense riflette dunque un bilanciamento decentralizzato: esso oscilla tra l'enfasi sulla dignità-autonomia della gestante e dei committenti (il diritto di ciascuno di perseguire la propria concezione di realizzazione familiare) e la preoccupazione per la dignità-uguaglianza intesa come necessità di evitare sfruttamento delle donne vulnerabili. Di fatto, negli Stati economicamente più sviluppati e culturalmente più aperti l'ago della bilancia si sposta verso la tutela della libertà procreativa e del diritto alla famiglia anche in forme non tradizionali, mentre altrove permangono riserve di ordine etico paragonabili a quelle europee.

Da ultimo, il confronto tra Italia, Regno Unito e Stati Uniti in tema di maternità surrogata evidenzia come gli stessi principi di protezione della dignità e della famiglia possano essere interpretati e bilanciati in modi sensibilmente differenti. L'ordinamento italiano, sorretto da forti istanze etico-costituzionali, privilegia una concezione della dignità come indisponibilità del corpo e dei legami di filiazione a fini economici, e concepisce la famiglia nei termini di un ambiente tutelante per il minore solo se formato secondo le regole tradizionali (biologiche o adottive) – da qui la scelta di criminalizzare la surrogazione quale pratica ritenuta intrinsecamente lesiva di quei valori fondanti.⁴⁷ Gli ordinamenti anglosassoni, invece, tendono a valorizzare l'autonomia individuale e la capacità di autodeterminazione delle parti coinvolte: la dignità viene letta anche come empowerment (capacità di decidere del proprio ruolo riproduttivo), e la nozione di famiglia si estende per includere nuove realtà affettive, purché nell'interesse dei figli. In tale ottica, come sottolineato da parte della dottrina, l'argomento della tutela della dignità della gestante perde forza quando si è in presenza di un suo consenso libero e informato alla pratica, frutto di una scelta altruistica e non coartata. [geniusreview.eu](https://www.geniusreview.eu). Ne deriva che il diritto britannico e quello statunitense, pur con le differenze del caso, mostrano una maggiore fiducia nella responsabilità delle parti e nell'intervento regolativo *post facto*, anziché in un veto penale preventivo, per contemperare i beni giuridici in gioco. Ciò non significa che il principio di dignità o il valore della famiglia vengano trascurati oltreoceano, ma piuttosto che assumono una configurazione più relazionale e soggettiva: la dignità è collegata al riconoscimento delle scelte personali (anche di formare una famiglia con l'ausilio di

⁴⁷ *Infra*, Senato della Repubblica – Servizio Studi, *Dossier sull'A.S. n. 824. Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli, p.11

una surrogate), mentre la nozione di famiglia si focalizza sul legame effettivo e sul progetto educativo più che sulla conformità a uno schema precostituito. Differentemente, in Italia prevale – almeno allo stato attuale – una concezione oggettiva e solidaristica di quei principi: la dignità della donna è tutelata anche contro una sua eventuale disponibilità a “donare” la gestazione, e la famiglia viene protetta privilegiando il modello ritenuto più idoneo a garantire la stabilità e la continuità delle relazioni fondamentali del minore (ossia quello fondato sul rapporto biologico o sull’adozione, piuttosto che su accordi privatistici atipici).⁴⁸ Il *focus* sui principi di dignità e di famiglia, parrebbe rivelare una linea di frattura significativa nel confronto comparatistico: essi fungono da clausole generali che possono essere svolte in direzioni quasi antitetiche – restrittiva e paternalistica nel caso italiano, più aperta e imperniata sulla libertà nel paradigma anglo-americano – a testimonianza del fatto che il diritto vivente rispecchia le diverse sensibilità culturali e costituzionali dei rispettivi ordinamenti. In prospettiva, il dialogo tra queste esperienze (alimentato anche dalla giurisprudenza sovranazionale) potrà contribuire ad avvicinare le posizioni, nella comune ricerca di soluzioni normative che coniughino il rispetto della dignità di tutti i soggetti coinvolti con la massima tutela possibile dell’interesse dei nati attraverso tali tecniche.

3. Diritto penale e bioetica - bilanciamento tra repressione e libertà:

§ 3.1. Il ruolo del diritto penale nella tutela dei valori etici

Il diritto penale moderno si confronta con il problema di definire i limiti entro cui possa farsi custode di valori etici condivisi, senza trasformarsi in uno strumento di mero moralismo giuridico. In uno Stato liberale vige il principio di *ultima ratio* dello *ius puniendi*, per cui il ricorso alla sanzione penale è giustificato solo quando strettamente necessario alla tutela di beni fondamentali e quando effettivamente idoneo a orientare positivamente i consociati.⁴⁹ La dottrina sottolinea infatti l’esigenza di verificare, caso per caso, la *ratio* di una incriminazione: essa deve fondarsi su una logica di prevenzione di un danno (o di una “molestia”) arrecato ad altri, oppure al più di un danno

⁴⁸ Infra, Senato della Repubblica – Servizio Studi, *Dossier sull’A.S. n. 824. Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli, p.11

⁴⁹ Infra, G. Fiandaca, G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 76 e ss.

a sé stessi (logica paternalistica), e non ridursi alla mera imposizione di un precetto morale senza vittime reali. In altri termini, secondo l'approccio liberale *nullum crimen sine iniuria*, non andrebbe sanzionata penalmente alcuna condotta che non offenda in modo apprezzabile un interesse altrui. Emblematico è il richiamo al principio del filosofo J. S. Mill per cui solo le condotte lesive di terzi giustificano l'intervento punitivo: «Dove non opera l'harm to others, la teoria del bene giuridico non può fondare la legittimità di un'incriminazione». Ne discende che la funzione del diritto penale non è punire *quia peccatum est* (per il solo fatto che un comportamento sia considerato peccaminoso o immorale), ma punire *ne peccetur* (affinché non si commettano fatti offensivi in futuro), orientando le condotte verso il rispetto di beni giuridici tangibili.⁵⁰

Tuttavia, individuare quali valori etici “meritino” tutela penale è operazione complessa. Nella teoria classica del minimo etico di Binding, al diritto penale spetterebbe di sanzionare soltanto la violazione di quei valori etico-sociali considerati essenziali e condivisi dalla generalità (i c.d. *mala in se*), distinguendoli dai comportamenti illeciti solo perché vietati (*mala prohibita*). In quest'ottica, ci si può chiedere se esista un nucleo etico minimo comune nella società contemporanea che consenta di elevare a reato atti privi di offesa concreta ma ritenuti contrari a principi fondamentali condivisi. Una parte della dottrina ritiene che, in società complesse e plurali, persino concetti come la “dignità” umana vadano intesi in chiave personalistica, come dimensione soggettiva legata all'autonomia individuale, piuttosto che come valore oggettivo definito dalla maggioranza. Solo la prima concezione, infatti, risulta coerente con il principio di autodeterminazione personale, mentre una nozione di dignità imposta dall'esterno rischierebbe di tradursi in un'etica di Stato poco compatibile con un ordinamento laico (*laïcité du droit pénal*). In effetti il confine tra tutela di valori etici e imposizione moralistica è sottile: il paternalismo penale – ossia l'idea che lo Stato possa punire un individuo “per il suo bene”, al fine di dissuaderlo da scelte ritenute contrarie alla sua dignità o moralità – è stato oggetto di critiche in dottrina, in quanto potenzialmente lesivo della libertà personale e della *dignitas* del singolo cittadino.⁵¹ Il diritto penale dovrebbe quindi intervenire solo per prevenire offese a beni giuridici altrui o per garantire quel *minimum* etico su cui esista un consenso trasversale, evitando di ergersi a custode di una morale di maggioranza su questioni controverse.

Il dibattito emerge con particolare forza in materia di bioetica, dove le scelte individuali – ad esempio sul fine vita, sulla procreazione assistita o sulla gestazione per altri – attengono alla sfera

⁵⁰ *Infra*, G. Fiandaca, G. Francolini, Op. Cit.

⁵¹ *Infra*, G. Fiandaca, G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 105 e ss.

CAPITOLO IV

intima e ai valori personali. In tali ambiti il legislatore è chiamato a un delicato bilanciamento tra istanze di repressione di pratiche ritenute lesive di valori fondamentali e la tutela della libertà e dell'autodeterminazione degli individui. La surrogazione di maternità (GPA) è un caso emblematico: essa coinvolge convinzioni etiche profonde (sulla natura della genitorialità, sulla dignità della donna, sulla mercificazione del corpo, ecc.) ma anche diritti e desideri legittimi delle persone di formare una famiglia. La scelta di criminalizzare o meno tale pratica solleva perciò “spinose questioni di fondo sul ruolo del diritto punitivo in materia di genitorialità e filiazione”. Occorre domandarsi, in un’ottica sistematica, se sia compito del diritto penale farsi garante di una certa concezione etica della maternità e della famiglia – imponendola coattivamente tramite sanzioni – oppure se, così facendo, esso travalichi il proprio ambito di legittimazione. Il rischio, ben noto in dottrina, è che un eccesso di eticizzazione del diritto penale finisca per mettere in crisi la sua base di consenso sociale e la sua efficacia preventiva. Infatti, quanto più le norme penali affondano le loro radici nella coscienza collettiva, tanto meno saranno percepite come arbitrarie o oppressive: la pena viene accettata se la norma violata è ritenuta giusta e ragionevole. Viceversa, se la incriminazione appare frutto di scelte etiche controverse e non condivise, la sanzione rischia di essere percepita come ingiusta, minando l’aggregazione del consenso intorno all’ordinamento.⁵² Ne risentono tanto la general-prevenzione positiva (cioè la spontanea adesione dei cittadini alla legge, che dipende dalla percezione di legittimità delle norme), quanto la funzione rieducativa della pena: quest’ultima risulta tanto più efficace quanto più il sistema punitivo è in sintonia con la cultura e i valori dei consociati.⁵³ In definitiva, sul piano teorico il diritto penale può certamente avere una funzione di tutela di valori etico-sociali, ma essa va esercitata entro confini rigorosi, rispettando i principi di offensività e proporzionalità. Il bilanciamento tra repressione e libertà implica che la soglia di intervento penale sia elevata: sol quando un comportamento mette in pericolo beni giuridici fondamentali e non vi sono mezzi meno invasivi per prevenirlo, la sanzione criminale trova legittimazione. Con questa bussola interpretativa occorre affrontare il tema della maternità surrogata, per valutare se la sua criminalizzazione rappresenti un’eccezione giustificata o un indebito eccesso di penalizzazione.

⁵² Cfr., C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 146 ss; J. Van Broeck, *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J., vol. 9, 2001, 54 ss.

⁵³ Cfr., A. Baratta., *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in La questione criminale, 1976, 237 ss

§ 3.2 Il rischio di un eccesso di penalizzazione nella GPA

In Italia, come già ampiamente trattato, - si veda a tal proposito il capitolo II - la gestazione per altri è vietata e sanzionata penalmente dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Si tratta di un reato a tutela di principi etico-sociali: la norma punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza una surrogazione di maternità, con la reclusione fino a due anni e una multa da 600.000 a 1.000.000 di euro. La fattispecie è configurata come reato di pericolo presunto: non richiede un evento di danno concreto, ma considera la condotta stessa – il “farsi sostituire” nella gravidanza – intrinsecamente offensiva di beni giuridici di rilievo pubblico (*in primis* la dignità della donna e l'ordine delle relazioni familiari). Emblematico in tal senso è l'orientamento della Corte di Cassazione⁵⁴, secondo cui il ricorso alla maternità surrogata, qualunque ne siano le modalità, “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”, giustificando il rifiuto di qualsiasi riconoscimento automatico degli effetti di tale pratica.⁵⁵ Questa impostazione riflette una chiara scelta di campo del legislatore italiano: la surrogazione viene trattata alla stregua di un *malum in se*, ossia di un male intrinseco da reprimere in sé e per sé, indipendentemente da ulteriori profili di lesività concreta. Si è così privilegiata una tutela di tipo essenzialmente etico-identitario, fondata sull'idea che la surrogazione contrasti con i valori fondamentali dell'ordinamento (principio di indisponibilità dello *status* materno, tutela della maternità “naturalistica”, non mercificazione del corpo femminile, ecc.).

Questa impostazione, fortemente repressiva, comporta però il rischio di un panpenalismo simbolico e poco efficace. Da più parti si evidenzia infatti come la criminalizzazione della GPA sia frutto di una spinta punitiva del legislatore volta ad affermare un principio morale, piuttosto che di una reale necessità di difesa da offese concrete.⁵⁶ Il conflitto etico e morale sottostante al tema – tra visioni opposte della famiglia e della genitorialità – viene di fatto “scaricato” nell'arena penale, anziché essere risolto mediante una regolamentazione equilibrata. Il risultato è un irrigidimento normativo che lascia aperto il dissidio nella società, aggravandolo: l'esperienza dimostra che quando un fenomeno sociale continua ad evolversi privo di regolamentazione, può generarsi una inevitabile frattura fra società e diritto. È precisamente quanto sta accadendo con la maternità surrogata. Da un

⁵⁴ Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162*

⁵⁵ *Infra*, P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.353-367.

⁵⁶ *Infra*, P. M. Sabella, *Op. Cit.*

CAPITOLO IV

lato, il legislatore italiano ribadisce in via di principio l'assoluto divieto, elevandolo ora persino a reato "universale" (con la L. 4 novembre 2024, n. 169, che estende la punibilità della GPA anche se commessa all'estero da cittadini italiani). Dall'altro lato, il ricorso effettivo alla surrogazione – da parte di coppie italiane che si recano in paesi esteri dove è consentita – è proseguito e prosegue, segno che la norma penale interna non è riuscita a estirpare la pratica, ma semmai l'ha translata oltreconfine. Fino ad oggi, peraltro, i tribunali nazionali non avevano mai applicato sanzioni penali a chi avesse realizzato una GPA all'estero, stante i limiti di territorialità della legge italiana: le condotte determinanti avvenivano integralmente oltre i confini, sfuggendo alla giurisdizione ex art. 6 c.p.⁵⁷ Ciò nonostante, il Parlamento ha scelto nel 2024 di colmare questa "lacuna" attraverso una logica esemplarmente punitiva: rendere perseguibile il cittadino italiano ovunque compia una maternità surrogata, equiparando tale reato, quanto a punibilità extraterritoriale, a delitti gravissimi come la tratta di persone o il turismo sessuale minorile (tradizionali casi di criminalità universale).⁵⁸ Si tratta di un evidente inasprimento: l'ordinamento considera ormai la surrogazione un'offesa così intollerabile ai propri valori fondamentali da giustificare la repressione penale ad ogni costo.

Come già dibattuto, l'efficacia e la ragionevolezza di questo approccio sono oggetto di critiche da parte della dottrina e di una parte della giurisprudenza stessa. In primo luogo, si osserva che l'intervento punitivo in materia di GPA presenta una "significativa carenza" dal punto di vista del benessere del bambino nato da tale procedimento.⁵⁹ La scelta di tutela penale, infatti, si concentra sulla repressione della pratica considerata immorale, ma trascura gli effetti che il divieto produce sui figli nati tramite surrogazione. Basti pensare che, negando qualsiasi forma di riconoscimento immediato dei genitori d'intenzione, il sistema finisce per penalizzare soprattutto il minore, il quale si trova privo di tutela giuridica piena nel periodo immediatamente successivo alla nascita. In sostanza – come rimarcato dalla Corte costituzionale – si rischia di strumentalizzare il bambino in nome di finalità (pur legittime) di prevenzione generale, facendo scontare proprio al soggetto più vulnerabile una sorta di "pena" civile per scoraggiare la pratica surrogatoria.⁶⁰ Questo paradosso è stato lucidamente evidenziato: la normativa vigente pretende di proteggere, attraverso la medesima

⁵⁷ *Infra*, F. Gallo, F. Re, R. D'Andrea, A. Cicatelli, E. Ardito, M. Miceli, L.M.R. Negri, P. Stringa, *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", 2022,, pp .10 e ss.

⁵⁸ Cfr., M. Zincani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10

⁵⁹ Cfr., F. Pistelli, *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 Si veda Corte Costituzionale, Sentenza n. 33 del 9 marzo 2021

fattispecie penale, interessi che in teoria sarebbero interdipendenti (la dignità della donna, i diritti del minore), ma che in concreto, per effetto dell'intervento punitivo, finiscono per essere posti in contrapposizione con effetti dannosi diffusi. La dignità della madre surrogata viene "tutelata" impedendole qualsiasi scelta, mentre al contempo il nato da surrogazione viene privato – almeno temporaneamente – di uno *status* familiare certo. Il bene giuridico protetto dalla norma risulta dunque di difficile identificazione: si invoca la tutela della *dignitas* femminile e dell'ordine pubblico familiare, ma al prezzo di comprimere altri valori parimenti rilevanti, come il diritto all'identità personale e alle cure parentali del minore. In termini sistematici, il divieto assoluto e penale della GPA appare come una soluzione di tipo ideologico-simbolico, più che calibrata sugli effettivi interessi in gioco. Non sorprende, allora, che la sua efficacia deterrente sia dubbia: misure punitive così drastiche raramente dissuadono comportamenti radicati in profonde motivazioni personali (il desiderio di genitorialità), anzi tendono a spingere il fenomeno nell'ombra. La stessa Relazione governativa ammette che un divieto assoluto, lungi dall'eliminare la pratica, "favorirebbe la clandestinità", con conseguente riduzione delle tutele per il minore coinvolto.⁶¹ In altri termini, la penalizzazione spinta produce un effetto boomerang: invece di governare il fenomeno, rischia di aggravare gli aspetti problematici (sfruttamento, mancanza di trasparenza, vulnerabilità dei bambini) spostandoli fuori dal controllo delle autorità.

Alla luce di queste considerazioni, molti studiosi invocano un ripensamento dell'attuale approccio punitivo, giudicato un esempio di eccesso di penalizzazione in materia eticamente sensibile. Il diritto penale, secondo tale prospettiva, dovrebbe recuperare la sua funzione di *extrema ratio*, evitando di fungere da risposta semplificata a questioni sociali e bioetiche complesse. La vicenda della maternità surrogata mostra infatti tutti i limiti di un intervento meramente repressivo: esso crea una frattura fra norma e realtà sociale, delega al giudice penale dilemmi di ordine morale che forse andrebbero affrontati altrove, e rischia di compromettere la legittimazione stessa della norma laddove questa non sia percepita come giusta da una parte consistente della società. Come sottolineato autorevolmente, una pena giusta e efficace presuppone che la collettività riconosca la validità della norma violata; viceversa, quando la legge penale non è in sintonia con la coscienza sociale, l'adesione al precetto vacilla e il sistema punitivo perde credibilità.⁶² Nel caso della GPA, la

⁶¹ *Infra*, F. Gallo, F. Re, R. D'Andrea, A. Cicatelli, E. Ardito, M. Miceli, L.M.R. Negri, P. Stringa, *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", 2022., p. 10 e ss.

⁶² *Infra*, J. Van Broeck., *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J.*, vol. 9, 2001, 31 ss,

mancata accettazione unanime del divieto (testimoniata dal ricorso diffuso alle “scappatoie” estere e dal vivace dibattito pubblico sul tema) indica chiaramente che siamo di fronte a un ambito dove sarebbe opportuno muoversi con prudenza penalistica. Reprimere severamente ciò che una parte della società non considera intrinsecamente malvagio rischia di delegittimare il diritto penale e di ottenere l’effetto opposto a quello desiderato. Per tutte queste ragioni, emerge l’esigenza di valutare soluzioni alternative alla sanzione criminale pura e semplice, soluzioni capaci di contemperare la tutela di valori fondamentali con il rispetto delle libertà individuali e con la riduzione del danno sociale.

§ 3.3. Soluzioni decriminalizzanti e alternative alle sanzioni penali

Di fronte alle criticità evidenziate, si fanno strada due possibili direttrici di riforma: da un lato, la decriminalizzazione (quantomeno parziale) della maternità surrogata, attraverso una sua regolamentazione giuridica; dall’altro, l’adozione di strumenti alternativi o complementari al diritto penale per affrontare il fenomeno, mitigandone gli effetti pregiudizievoli senza ricorrere unicamente alla repressione. In entrambe le prospettive, l’obiettivo è riequilibrare il rapporto tra libertà e controllo: spostare il baricentro dal diritto penale al diritto civile, costruendo percorsi di tutela che non si esauriscano nella minaccia di pena.

Una prima soluzione, già avanzata in sede parlamentare, consiste nell’introdurre in Italia una disciplina che consenta la GPA altruistica, cioè senza scopo di lucro e sottoposta a stringenti controlli. Nel mese di aprile 2021, come già ribadito, è stata presentata alla Camera dei Deputati una proposta di legge – sostenuta dall’Associazione Luca Coscioni e da altri movimenti – volta a legalizzare una forma di gestazione per altri gratuita e regolamentata.⁶³ Tale proposta mirava a consentire la surrogazione di maternità a fini solidaristici, escludendo espressamente qualsiasi compenso (salvo il mero rimborso delle spese mediche e di gravidanza) e bandendo ogni forma di sfruttamento o commercializzazione del corpo femminile. L’idea di fondo era colmare il vuoto normativo lasciato dal divieto assoluto allora vigente – giudicato fonte di incertezze e abusi – e porre fine a un proibizionismo sterile, introducendo invece un quadro chiaro che permettesse un accesso etico e responsabile alla procreazione assistita tramite surrogazione. In sostanza, la riforma

⁶³ Camera dei Deputati, Proposta di legge n. 3016 d’iniziativa dei deputati Termini, Frailis, Fratoianni, Magi, Mammi, Penna, Sarli, Segneri, Siragusa: *Disciplina della gravidanza solidale e altruistica*, presentata il 13 aprile 2021, XVIII Legislatura

CAPITOLO IV

avrebbe trasformato la maternità surrogata da reato in attività lecita condizionata, assoggettandola a requisiti rigorosi (altruismo, consenso informato, controllo delle strutture sanitarie, criteri di età e salute per le parti, etc.) e prevedendo sanzioni civili o amministrative per eventuali violazioni del regime autorizzatorio. Si tratta di una strategia di depenalizzazione selettiva: il ricorso allo strumento penale verrebbe riservato alle sole condotte ritenute più riprovevoli, come le intermediazioni a fini di lucro o lo sfruttamento della donna (commercializzazione), mentre l'accordo solidale di surrogazione verrebbe regolato e sottratto all'ombra dell'illegalità. I sostenitori di questa soluzione evidenziano come il divieto vigente abbia di fatto spinto molti aspiranti genitori a ricorrere comunque alla *surrogacy* all'estero, spesso affidandosi a agenzie poco affidabili, con conseguenti maggiori rischi di sfruttamento delle donne coinvolte e di turismo procreativo incontrollato.⁶⁴ Legalizzare e regolamentare in ambito nazionale la GPA altruistica significherebbe, in quest'ottica, responsabilizzare il fenomeno: permetterebbe allo Stato di vigilare sulle procedure (tutelando così meglio sia la gestante sia il nascituro) e annullerebbe gli inconvenienti derivanti dall'attuale disallineamento tra ordinamenti (primo fra tutti, il problema del riconoscimento dei bambini nati fuori dai confini). In altre parole, l'approccio decriminalizzante mira a trasformare la questione da un problema penalistico a un problema di regolazione. Ciò comporterebbe un significativo cambio di paradigma, non necessariamente un vuoto di tutele: il diritto penale continuerebbe ad avere un ruolo di garanzia estrema contro eventuali abusi (ad esempio punendo severamente ogni forma di GPA commerciale o coercitiva), mentre i casi di GPA c.d. "etica" potrebbero svolgersi alla luce del sole, in un quadro normativo chiaro, trasparente e rispettoso della dignità di tutti i soggetti coinvolti.

Accanto a questa ipotesi riformatrice più ampia, si discute anche di soluzioni intermedie e correttive che, pur mantenendo il divieto penale, ne attenuino le conseguenze più dure. Una di queste consiste nel garantire comunque al nato da surrogazione la piena tutela dei suoi diritti di filiazione, a prescindere dall'illecito commesso dai genitori. La Corte europea dei Diritti dell'Uomo e la stessa Corte costituzionale italiana hanno più volte ribadito che il superiore interesse del minore deve prevalere, anche di fronte alla scelta del legislatore di criminalizzare la GPA.⁶⁵ In quest'ottica si è sottolineato come sia inaccettabile qualsiasi soluzione che non offra al bambino alcuna possibilità di

⁶⁴ Cfr., F. Gallo, F. Re, R. D'Andrea, A. Ciatelli, E. Ardito, M. Miceli, L.M.R. Negri, P. Stringa, *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", 2022, pp. 30 e ss.

⁶⁵ Si vedano, in tal senso, Corte Europea dei Diritti Dell'Uomo, Sez. I, 31 agosto 2023, Ricorso n. 47196/21 – C. c. Italia; Corte Costituzionale, Sentenza n. 33 del 9 marzo 2021

CAPITOLO IV

riconoscimento del legame con i genitori intenzionali, poiché ciò equivarrebbe a sacrificare la persona del minore per finalità di deterrenza generale. Pertanto, una linea di intervento alternativa è quella di affiancare alla norma incriminatrice delle misure riparative o compensative a favore del minore. Ad esempio, si potrebbe prevedere una procedura automatica e rapida per riconoscere anche giuridicamente il rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione non biologico, evitando al bambino lunghe attese o vuoti di tutela. Attualmente, l'unico strumento disponibile è l'adozione in casi particolari *ex art. 44, co. 1, lett. d) L. 184/1983*, che però interviene solo post nascita (dopo un procedimento giudiziario) e non attribuisce lo *status* di figlio legittimo se non limitatamente al genitore adottante. Si propone dunque di semplificare e velocizzare tale adozione (o introdurre un istituto analogo *ad hoc*), in modo che il bambino ottenga subito due genitori legali e goda di uno *status* pienamente equiparabile a quello di qualunque altro bambino.⁶⁶ Questa soluzione “ibrida” manterrebbe formalmente il divieto penale – ritenuto ancora espressivo di un principio di ordine pubblico interno – ma neutralizzerebbe le conseguenze più gravose per i nati, realizzando un punto di equilibrio tra l'esigenza statuale di affermare un disvalore (vietando la surrogazione come tale) e il dovere di tutela dei diritti fondamentali dei minori.⁶⁷ In una prospettiva *de iure condendo*, potrebbe rappresentare un compromesso sostenibile: il reato di surrogazione rimarrebbe nell'ordinamento per segnare il confine etico-giuridico, ma il sistema della filiazione verrebbe adattato per evitare che siano i bambini a pagare il prezzo più alto del proibizionismo. Del resto, anche autorevoli voci dottrinali invocano una “rifondazione della cultura della pena” su questi temi, auspicando un'evoluzione verso sanzioni più mirate e meno afflittive in materia di genitorialità e filiazione.⁶⁸ Ciò potrebbe tradursi, ad esempio, in una riduzione delle pene previste per il reato di surrogazione (oggi assai elevate in rapporto al bene tutelato), nell'introduzione di cause di non punibilità per ipotesi di particolare tenuità o motivazione altruistica, oppure nell'impiego di sanzioni alternative di tipo amministrativo (multe, interdizioni temporanee) anziché del carcere per condotte legate a scelte procreative consapevoli e consensuali.

In conclusione, il panorama attuale evidenzia la necessità di riequilibrare il bilanciamento tra repressione penale e libertà individuale nel campo della maternità surrogata. L'evoluzione normativa del 2024 – con la trasformazione della GPA in reato universale – ha segnato il punto più

⁶⁶ Cfr. P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.363 e ss.

⁶⁷ Cfr., M. Caielli, *La Corte europea dei diritti dell'uomo torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in «DPCE Online – Note e commenti», 1/2023, p.1500

⁶⁸ Cfr. P. M. Sabella, *Op. Cit.*

CAPITOLO IV

alto della risposta punitiva, ma ha anche riaperto il dibattito sulla legittimazione di tale scelta. La sfida, *de iure condendo*, consiste nel trovare soluzioni che garantiscano la tutela dei valori bioetici fondamentali (*in primis* la dignità della donna e la non mercificazione della vita nascente) senza ricorrere a un penalismo eccessivo, potenzialmente controproducente. Le alternative esistono e spaziano dalla legalizzazione controllata dell'istituto (per circoscriverlo a forme eticamente accettabili), all'adozione di misure civilistiche di mitigazione degli effetti del divieto. Un approccio moderno e costituzionalmente orientato impone di considerare il diritto penale non come un feticcio intangibile, ma come uno strumento flessibile, da modulare in base alla realtà sociale e ai diritti in gioco. Nel caso della GPA, il bilanciamento tra repressione e libertà richiede uno sforzo di mediazione: riconoscere che la mera repressione *in toto* di una pratica socialmente domandata e già regolamentata altrove rischia di produrre più danni che benefici; e che, viceversa, un'apertura regolata e responsabile, accompagnata da adeguate garanzie, può rappresentare la via per conciliare la tutela dei principi etici con il rispetto dei diritti fondamentali. Solo così il diritto penale potrà recuperare pienamente la propria legittimazione in materia bioetica: tornando a essere strumento di civiltà giuridica e non di scontro ideologico, *extrema ratio* e non prima risorsa, nell'affrontare le delicate questioni del nascere e del morire, del generare e dell'essere genitori nel mondo contemporaneo.

CONCLUSIONI

Riflessioni finali e prospettive future

Il percorso di ricerca sviluppato nei capitoli precedenti ha evidenziato come la disciplina della procreazione medicalmente assistita (PMA) in Italia – in particolare il divieto assoluto di maternità surrogata – sia al centro di un complesso intreccio di principi giuridici interni e sovranazionali. Sin dall'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004, n. 40, il legislatore italiano ha adottato un approccio proibizionista verso la gestazione per altri (GPA), sanzionando penalmente chiunque “in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza... la surrogazione di maternità” con pene detentive e pecuniarie assai elevate. Tale scelta normativa, motivata dall'esigenza di tutela di valori considerati fondamentali – primo tra tutti la dignità della donna coinvolta nella gravidanza per conto altrui – ha trovato conferma negli orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di cassazione. Emblematica è la celebre pronuncia della Consulta, la quale ha definito la pratica della surrogazione come qualcosa che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹, ponendo così un principio cardine: la maternità surrogata, per l'ordinamento italiano, contrasta con l'ordine pubblico e merita una risposta sanzionatoria. Di analogo tenore è la giurisprudenza di legittimità, che ha costantemente negato il riconoscimento automatico di rapporti di filiazione derivanti da GPA, ritenendo prevalente l'esigenza di non legittimare un istituto considerato lesivo dei valori di fondo dell'ordinamento.

Allo stesso tempo, il divieto penalistico interno è entrato in frizione con la realtà sociale e con il principio della territorialità del diritto penale. Numerose coppie italiane hanno infatti eluso il divieto recandosi in paesi esteri ove la pratica surrogatoria è lecita, riuscendo così ad avere figli mediante GPA all'estero. Questa prassi ha posto un quesito cruciale: si può punire in Italia un fatto commesso interamente all'estero, in un luogo in cui esso non costituisce reato? Secondo i principi tradizionali, la risposta era negativa. L'analisi svolta² ha mostrato che nessuna delle fattispecie incriminatrici vigenti – dall'art. 12, co. 6, legge n. 40/2004 alle norme del codice penale ipotizzate per colpire indirettamente il fenomeno (es. alterazione di stato o false attestazioni) – risultava applicabile

¹ Cit. Corte Costituzionale n. 272/2017.

² V. *supra*, cap. II e III.

quando la maternità surrogata avviene in uno Stato estero che non la proibisce.³ In assenza di un illecito commesso “sul territorio” ai sensi dell’art. 6 c.p., e mancando qualunque condizione di operatività extraterritoriale prevista dal nostro ordinamento per questo genere di fatti, i comportamenti delle coppie italiane all’estero restavano impuniti. Ne conseguiva una asimmetria normativa: da un lato un divieto assoluto e sanzionato in patria, dall’altro la concreta possibilità di aggirarlo semplicemente spostandosi oltreconfine. Tale situazione ha alimentato un acceso dibattito sia etico che giuridico, mettendo di fronte il principio di sovranità territoriale dello Stato – tradizionalmente limitativo dell’efficacia spaziale della legge penale – e le aspirazioni genitoriali degli individui tutelate in altre giurisdizioni. Sullo sfondo, emergeva anche il delicato profilo dei diritti dei bambini così nati, il cui *status* legale in Italia restava incerto e oggetto di contesa giudiziaria.

In questo contesto si inserisce la recente svolta legislativa consistente nell’introduzione del reato “universale” di maternità surrogata. Con un intervento normativo mirato – costituito da un articolo unico – il legislatore ha modificato l’art. 12 della legge n. 40/2004 aggiungendo un periodo che estende la punibilità della surrogazione anche ai fatti commessi all’estero. In altri termini, oggi la cittadina o il cittadino italiano che faccia ricorso alla GPA fuori dai confini nazionali soggiace comunque alle sanzioni penali previste dalla legge italiana, a prescindere dal luogo in cui l’evento si è realizzato e dalla liceità dello stesso nell’ordinamento straniero. Si tratta di una deroga esplicita al principio di territorialità e al corollario della doppia incriminazione, deroga che tipicamente caratterizza i reati internazionalmente gravi (terrorismo, traffico di persone, pornografia minorile, mutilazioni genitali etc.), ma che qui viene applicata a una fattispecie legata alla sfera privata e familiare. Proprio tale estensione extrapenale su scala globale – definita dal dibattito pubblico come “reato universale” – costituisce uno snodo critico approfondito nel capitolo IV, evidenziandone le implicazioni giuridiche e costituzionali. Si è visto infatti come questa scelta legislativa, pur animata dallo scopo di rafforzare il presidio normativo contro pratiche elusive del divieto, sollevi questioni inedite e complesse sul piano del diritto penale internazionale. La volontà di configurare la gestazione per altri come reato perseguito ovunque – in deroga ai principi generali – appare a una parte della dottrina una forzatura di matrice ideologica, di dubbia utilità pratica e potenzialmente foriera di contraddizioni. Si pensi, ad esempio, al fatto che la GPA è disciplinata in maniera eterogenea nel panorama mondiale: consentita in forma altruistica in alcuni Paesi, ammessa anche

³ Cfr., T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, 2017, p.1391.

commercialmente in altri, totalmente vietata altrove.⁴ Punire un cittadino italiano per un fatto compiuto dove è lecito significa far prevalere l'ordinamento italiano su quello estero, ponendo problemi di coordinamento e cooperazione internazionale, oltre a interrogativi sul rispetto dei principi di offensività e di frammentarietà del diritto penale. In assenza di un danno concreto e immediato a un bene giuridico individuale – la donna gestante all'estero agisce secondo le leggi locali e con consenso – la scelta di criminalizzare a tutti i costi la condotta appare discutibile in termini di *extrema ratio*. Quest'ultimo punto tocca un ulteriore nodo: il nuovo reato, da solo, non risolve la questione dello *status* dei bambini nati da maternità surrogata all'estero, lasciando aperto “il nodo relativo al riconoscimento” di tali figli. Anzi, la loro stessa esistenza rischia di divenire fonte di prova dell'illecito e di conseguenti procedimenti penali a carico dei genitori, con possibili ripercussioni sul minore. Si delinea così un paradosso: una norma pensata per tutelare un valore (la dignità della donna e la “non mercificazione” della nascita) potrebbe ripercuotersi negativamente proprio sui soggetti più vulnerabili coinvolti, i bambini, in termini di incertezza sullo *status* familiare e potenziali stigmi sociali.

Dal punto di vista costituzionale, l'introduzione del reato universale di surrogazione di maternità rappresenta quindi un punto di equilibrio tutt'altro che stabile, destinato con ogni probabilità ad essere scrutinato nelle sedi di giustizia costituzionale e sovranazionale. Da un lato, permane ferma la condanna di principio della GPA espressa dai nostri massimi organi giurisdizionali, fondata sui valori della dignità umana e sull'ordine pubblico (come ribadito di recente, la surrogazione è considerata contraria ai principi fondamentali proprio in quanto lesiva della dignità della donna gestante). Dall'altro lato, evolvono i riconoscimenti giurisprudenziali a tutela di nuovi modelli familiari e dei diritti dei minori: si pensi alle aperture della Consulta in materia di PMA per coppie omosessuali femminili, che hanno portato a dichiarare l'illegittimità del divieto di riconoscimento per la madre intenzionale (sent. n. 68/2025). Tali sviluppi evidenziano una tensione evidente tra l'aspirazione universalistica del divieto penale e la realtà plurale dei rapporti familiari, in cui il principio dell'interesse del minore e l'uguaglianza sostanziale tendono a reclamare spazi di tutela. La sfida per il legislatore e per gli interpreti, quindi, sarà quella di conciliare il rigoroso rispetto dei principi affermati dall'ordinamento – il rifiuto di ogni forma di mercificazione della maternità – con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali coinvolti, primo fra tutti il diritto del bambino a vedere riconosciuta la propria condizione familiare senza discriminazioni. La scelta di criminalizzare universalmente la surrogazione di maternità costituisce il culmine di un percorso normativo e

⁴ Cfr., G. Luccioli, *Surrogazione di maternità come “reato universale”*, in Giustizia Insieme, 2024.

politico peculiare, che vuole riaffermare con forza un principio etico-giuridico nazionale, ma che al contempo espone l'ordinamento a nuove sfide sul piano dell'effettività e della tenuta costituzionale. In conclusione, il bilancio complessivo che emerge dall'analisi condotta è ambivalente: la stretta penalistica "universale" enfatizza la volontà dell'ordinamento italiano di ribadire un divieto ritenuto fondamentale, ma solleva interrogativi rilevanti circa la compatibilità di tale rigidità con i principi generali del diritto penale e con i diritti fondamentali. Sarà compito del tempo – e verosimilmente della Corte Costituzionale– verificare se questo delicato equilibrio potrà reggere, oppure se si renderanno necessari correttivi per assicurare che la legge persegua finalità di giustizia sostanziale senza sacrificare i valori di rango costituzionale e gli obblighi sovranazionali che pure informano il nostro sistema. In definitiva, il tema della maternità surrogata e della sua repressione penale universale resta aperto e in evoluzione: un banco di prova su cui il diritto è chiamato a misurarsi, nel difficile ma imprescindibile tentativo di armonizzare territorialità e universalità, sovranità nazionale e tutela dei diritti umani, principio punitivo e garanzie costituzionali.

BIBLIOGRAFIA

Normativa nazionale

- Costituzione della Repubblica Italiana
- Codice civile
- Codice penale
- Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. n. 45 del 24 febbraio 2004.
- Legge 4 novembre 2024, n. 169, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*.
- Legge 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in G.U. n. 140 del 22 maggio 1978.
- Legge 29 luglio 1975, n. 405, *Istituzione dei consultori familiari*, in G.U. n. 227 del 27 agosto 1975.
- Legge 4 maggio 1983, n. 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, in G.U. n. 133 del 17 maggio 1983, Suppl. Ordinario n. 28.
- Legge 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in G.U. n. 128 del 3 giugno 1995, Suppl. ord. n. 68.
- Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*, in G.U. n. 5 dell'8 gennaio 2014.
- Decreto Legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, *Riordino della disciplina in materia sanitaria*, in G.U. n. 305 del 30 dicembre 1992, Suppl. ord. n. 137.
- DPR 3 novembre 2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*, in G.U. n. 303 del 30 dicembre 2000.
- Decreto Ministeriale 20 marzo 2024, *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in G.U. Serie Generale n. 107 del 9 maggio 2024.
- Proposta di legge A.C. 306/2022, *Modifica all'art. 12 della legge n. 40/2004*, Meloni ed altri, XVIII legislatura
- Camera dei Deputati, Proposta di legge n. 3016 d'iniziativa dei deputati Termini, Frailis, Fratoianni, Magi, Mammì, Penna, Sarli, Segneri, Siragusa: *Disciplina della gravidanza solidale e altruistica*, presentata il 13 aprile 2021, XVIII Legislatura

- M. Gasparri, Disegno di legge AS 163 – Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità
- I. Rauti e L. Malan, Disegno di legge AS 245 – Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità

Normativa sovranazionale e internazionale

- Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)
- Trattato sull'Unione Europea (TUE)
- Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (ONU)
- Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ONU)
- Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC – Convention on the Rights of the Child)
- Convenzione di Oviedo del 1997, *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* (Consiglio d'Europa)
- Assisted Human Reproduction Act 2004 (Canada)
- Child-Parent Security Act, New York State Legislature, S.2071/A.1071, enacted 15 April 2020, effective 15 February 2021.
- Council of the District of Columbia, *Collaborative Reproduction Amendment Act of 2016*, D.C. Law 21-0252, effective 7 April 2017.
- Tennessee Code Annotated, Title 36 – Domestic Relations, § 36-1-102(50)
- Istruzione Donum Vitae, sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione a cura di Congregazione per la Dottrina della Fede Lev, Città del Vaticano, 1987
- Unione Europea, Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (COM(2022) 695 final), 7 dicembre 2022
- Parlamento europeo, Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009(INI)), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, C 238 del 6 luglio 2018

- Risoluzione del Parlamento europeo, 17 dicembre 2015, sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia (2015/2229(INI)).
- Unione Europea, Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (COM(2022) 695 final), 7 dicembre 2022

Dottrina e articoli

- R. Dworkin, *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Harvard University Press, 2000: 242-5
- M. Galletti. *Autodeterminazione. Un punto di vista filosofico*. Firenze, Rivista Italiana di Cure Palliative, 2022, 24(4).
- J.S. Mill, *Saggio sulla libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1999.
- P. Stanzione, G. Sciancalepore (a cura di), *Procreazione assistita. Commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giuffrè, Milano, 2004.
- S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti. *Trattato di Biodiritto (diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti), vol. II, Il governo del corpo*, Tomo I e Tomo II. Milano, Giuffrè, 2011.
- F. Angelini. *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia.*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020
- Patel, N. H., Jadeja, Y. D., Bhadarka, H. K., Patel, M. N., Patel, N. H., & Sodagar, N. R.. *Insight into Different Aspects of Surrogacy Practices*. Journal of Human Reproductive Sciences, 11(3), 2018.
- Mécary, C., *PMA et GPA : des clés pour comprendre*, Paris, Presses Universitaires de France (Collection « Que sais-je ? »). 2019
- G. Mingardo, *Le Sezioni Unite si pronunciano (nuovamente) sulla gestazione per altri: è stato detto davvero tutto?* Milano, NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO, 2023(1).
- E. Messineo, *Gestazione per altri e integrazione dell'ordinamento*, Firenze, In Persona e Mercato, 1/2024.

- A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*. Torino, Giappichelli, 2012.
- A. Ferrato, *La tutela penale del diritto a nascere*, Padova, CEDAM, 2017,
- C. M. Bianca, *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, collana "I grandi temi del diritto", Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012.
- G. Giorgini Pignatiello, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*, s.l., Consulta Online, 1(2025), 113-142
- Department of Health and Social Care, *The Surrogacy Pathway: Surrogacy and the Legal Process for Intended Parents and Surrogates in England and Wales*. Health Ethics, s.l., Population Health, Global & Public Health, 2019.
- Alghrani, A. And Griffiths, D., *The regulation of surrogacy in the United Kingdom: the case for reform*. Liverpool, Child and Family Law Quarterly, 2017 ISSN 1358-8184
- De Groot, D. A. J. G.. *Surrogacy: The legal situation in the EU*. European Parliamentary Research Service (EPRS),s.l., Briefing EPRS_BRI(2025)769508, 2025
- Mohapatra, Seema, *States of Confusion: Regulation of Surrogacy in the United States. Commodification of the human body: a cannibal market?* (Eds. J.D. Rainhorn & S. El Boudamoussi) Editions de la Fondation Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 2015., Symposium "Globalisation and commodification of the Human Body: A Cannibal Market?", Brocher Foundation, Geneva), 2013/14, 2015
- K. Weaver,. *Sweeping Changes to Michigan Surrogacy Laws in 2024*, s.l., Referees Association of Michigan, 2025
- J.S, White. *Gestational Surrogacy Contracts in Tennessee: Freedom of Contract Concerns & Feminist Principles in the Balance*. s.l., Belmont Law Review, 2015
- V. Jadv, H. Prosser and N. Gamble, “*Cross-border and domestic surrogacy in the UK context: an exploration of practical and legal decision-making*”, s.l., Human Fertility, 2018
- Law Commission & Scottish Law Commission, *Building Families Through Surrogacy: A New Law. A Joint Consultation Paper*, Consultation Paper No. 244 / Discussion Paper No. 167, 2019
- V. Tigano, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, s.l, in GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, 2024.
- E. Frontoni, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in Nomos. Le attualità nel diritto, n. 2, 2021, Osservatorio sulla Corte costituzionale., 2021

- Senato della Repubblica – Servizio Studi, Dossier sull’A.S. n. 824. *Disposizioni in materia di maternità surrogata*, XIX legislatura, n. 169/1, ottobre 2024, a cura di C. Andreuccioli.
- G. Barcellona, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in «Forum di Quaderni Costituzionali», 2, 2021.
- G. Fiandaca, G. Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- P. M. Sabella, *La surrogazione di maternità come reato universale*, in M. Calderoni e S. P. Perrino (a cura di), *The Family (R)evolution. Insights into Rising Parenthood Issues*, Quaderni Lo stato, n.16, Mucchi Editore, 2025, pp.353-367.
- F. Gallo, F. Re, R. D’Andrea, A. Ciatelli, E. Ardito, M. Miceli, L.M.R. Negri, P. Stringa, *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”, 2022.
- M. Zincani, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10.
- M. Caielli, *La Corte europea dei diritti dell’uomo torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in «DPCE Online – Note e commenti», 1/2022, 2022.
- V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell’adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge “Varchi”*, in «La legislazione penale», 2024
- M. A. Pasculli, *Universale, particolare: la maternità surrogata tra amore “senza confini” e necessari limiti di legge*, in «AmbienteDiritto», XXIV, n. 2/2024, 2024.
- Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*. AA.C. 306 e 2599, Schede di lettura n. 347, 22 settembre 2020, XVIII Legislatura, 2020.
- Camera dei Deputati – Servizio Studi, *Modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano* (A.C. 306), Dossier n. 184 – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale, 17 maggio 2022, XVIII Legislatura
- A. Sinagra, *Sovranità dello Stato e divieto di ingerenza nei suoi affari interni*, in «Ordine internazionale e diritti umani», 2015.

- Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., King, D., Marzo, C., & McCandless, J. (2013). *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE: sintesi dello studio comparativo*. Direzione Generale delle Politiche Interne, Dipartimento Tematico C: Diritti dei cittadini e affari costituzionali, Parlamento Europeo. Documento PE 474.403.
- E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*. In S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà & P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo* (pp. 1537–1602). Milano: Giuffrè, 2011.
- A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*. Palermo: Università degli Studi di Palermo, 2013.
- E. La Rosa, *Maternità surrogata*, in *Treccani Diritto on line* (2017)
- M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale: osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, *Camera dei Deputati*, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2021.
- Associazione Luca Coscioni, *Relazione illustrativa alla proposta di legge sulla gravidanza solidale e altruistica presentata alla Camera dei Deputati*, 2021
- A. Vallini, *La rana che voleva farsi bua e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in «GenIUS», *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, online first, 20 febbraio 2024
- M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. med. leg.*, 2015.
- M. D'Amico, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in «Osservatorio Costituzionale», fasc. 4/2023, 1° agosto 2023
- M. R. Donnarumma, *The best interest of the child e il monito al legislatore su temi eticamente sensibili*, in «Diritto Penale e Uomo (DPU)», 25 marzo 2021
- G. Luccioli, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in «GenIUS», online first, destinato a GenIUS 1/2020.
- M.J. Bonnet, N. Athèa, C. Pivetti, S. Guerini, G. Corea, PMA. *Procreazione medicalmente assistita. Edizione integrale*, Novalogos, 2020.
- F. Santosuosso, altri, *La procreazione medicalmente assistita; commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, *Teoria pratica dir. I: dir. e proc. civ.*, Giuffrè, 2004
- C. Magnani, *La procreazione artificiale come libertà costituzionale*, Urbino, Quattroventi, 1999.
- P. Grimaldi, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e 'best interest of the child'*, in *Famiglia- il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, 3, 2017

- G. Giacobbe, *La giurisprudenza fonte primaria del diritto? prime riflessioni su di una controversa ordinanza del Tribunale di Roma, nota a Trib. Roma, ord. 17 febbraio 2000*, Giustizia civile, 2000.
- G. Palmieri, *Maternità surrogata: la prima pronuncia italiana*, in Giur. it., I, 2, 1990.
- P. Rescigno, *Una legge annunciata sulla procreazione assistita*, in Corr. giur., 2002.
- G. Palmeri, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*. In P.B. Caielli Mia (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere* (pp. 44-81). Torino : CIRSDè – Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere Università degli Studi di Torino, 2019
- G. Ferrando, *Il Tribunale di Cagliari dice sì alle diagnosi preimpianto*, in Corr. Giur, 2008.
- Bioetica. Rivista Interdisciplinare Anno XIII, n.3/2005, Editoriale, Maurizio Mori, Qualcuno ha davvero vinto il referendum?, STUDI E SAGGI: PRIME RIFLESSIONI SUL REFERENDUM SULLA PROCREAZIONE ASSISTITA.
- T. Trinchera, *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, Milano, Giuffrè Editore, 2017
- G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, Milano, Giuffrè, 2023.
- G. Luccioli, *Surrogazione di maternità come “reato universale”*, in Giustizia Insieme, 2024
- A. Morace Pinelli, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in Giustizia Insieme, 2022
- P. Balducci, A. Macrillò, L. Violi, *Esecuzione Penale e Ordinamento Penitenziario*, Giuffrè, 2024
- C. Danisi, (2023). *Maternità surrogata come reato “universale”: considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea*. GENIUS, 2023(2)
- F. Farri, *Il reato di surrogazione di maternità: profili giuridici*, in «L-Jus», fasc. 1, 14 agosto 2024
- F. Mantovani, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, La Legislazione Penale 2005
- A. Apostoli, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia, I Quaderni, Giappichelli, Torino, 2021

- S. Cecchini, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in BioLaw Journal, Rivista di Biodiritto, 2019.
- R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in Diritto Penale Contemporaneo, fascicolo 2/2019.
- T. Trinchera, *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*, in Diritto Penale contemporaneo, ISSN 2039-1676, 2014
- E. Diciocia, *Il divieto di surrogazione di maternità e il riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale*, in Rivista Famiglia, Pacini Giuridica, 2020
- M. Giacomini, *Il caso Mennesson, La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio Costituzionale, fasc. 5/2019, 2019
- M. C. Bisacci, *Falsità Personali*, in Dig. disc. pen., IV ed., I, Torino, 2010
- T. Trinchera, *Alterazione di stato e maternità surrogata all'estero: una pronuncia assolutoria del Tribunale di Milano*, in Diritto Penale. Contemporaneo, ISSN 2039-1676, 2014,
- G. Barcellona, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in Forum quaderni costituzionali, 2018
- M. Sesta, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni unite*, in Riv. dir. civ., 2/2023
- M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, Osservatorio Costituzionale, Fasc. n. 1/2017, 18 aprile 2017.
- M. Requejo, *Mennesson v. France, ECtHR 26.06.2014*, in Conflict of Laws.net, Views and News in Private International Law, 2014
- D. Giunchedi, *La procreazione medicalmente assistita tra istanze di libertà e esigenze di controllo. Profili costituzionali e prospettive comparate*, Tesi di Dottorato, Università di Bologna, ciclo XXXI, 2019
- C. Danisi, *Superiore interesse del fanciullo, vita familiare o diritto all'identità personale per il figlio nato da una gestazione per altri all'estero? L'arte del compromesso a Strasburgo*, in articolo29.it, 2014
- C. Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2014.

- European Court of Human Rights, Press Unit, *'Factsheet – Gestational Surrogacy'*, September 2023
- Associazione Luca Coscioni, *Relazione illustrativa alla proposta di legge sulla gravidanza solidale e altruistica*, 2021
- Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Children's rights related to surrogacy*, Doc. n. 14140, relatore: Petra De Sutter, Commissione per gli Affari Sociali, la Salute e lo Sviluppo Sostenibile, 23 settembre 2016.
- Consiglio d' Europa, Assemblea Parlamentare, *Children's rights related to surrogacy*, Doc. n. 14142 , relatore: Petra De Sutter, Commissione per gli Affari Sociali, la Salute e lo Sviluppo Sostenibile, 10 marzo 2016.
- Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., King, D., Marzo, C., & McCandless, J.. *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE: sintesi dello studio comparativo*. Direzione Generale delle Politiche Interne, Dipartimento Tematico C: Diritti dei cittadini e affari costituzionali, Parlamento Europeo. Documento PE 474.403, 2013
- C. E. Paliero., *Il sistema penale*, Torino, 2024.
- G. L. Gatta., *Surrogazione di maternità come “reato universale”?* *A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, fasc. 5, 2023.
- C. Cantone, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale e il “modello italiano” tra presente e futuro*, in *Il Mulino – Rivistaweb*, fasc. 3, 2022.
- Barel B., Armellini S., Bariatti S., *Manuale breve, Diritto Internazionale Privato*, 2014.
- I. Corti, *La maternità per sostituzione*, Univ. Macerata-Dip.dir.privato e del lav. Macerata, Giuffrè, 2000.
- L. Sugamele, *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, p. 433-447
- G. Criscuoli, *La legge inglese sulla “surrogazione materna” tra riserve e proposte*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1987, p. 1035- 1036
- A.G. Grasso, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto. Prospettive*, (a cura di) CENDON P., Aprilia, 2020, pag. 10
- E. Lamm., *Gestacion por sustitucion. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcellona, 2013, p. 149.
- A. Field Martha, *Compensated Surrogacy*, citation: 89 Wash. L. Rev. 1155 2014, pp. 1160 e ss.
- C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010,

- J. Van Broeck , *Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, in Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. J., vol. 9, 2001.
- A. Baratta., *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La questione criminale*, 1976.
- F. Pistelli, *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.
- V. Tigano, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Riv. It. Dir. Proced. Pen.*, 3/2021
- A. Pagliaro, *Falsità personale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milano, 1967, pag. 646
- A. Vallini., *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Diritto penale e processo*, VII, 2017
- G. Giaimo, *La gestazione per altri: persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, 698-759

Giurisprudenza

- Tribunale di Roma, ord. 14 febbraio 2000
- Tribunale di Monza, sent. 27 ottobre 1989
- Tribunale di Catania, ord. 3 maggio 2004
- Tribunale di Cagliari, sent. 24 settembre 2007
- Tribunale di Brescia, Sez. II pen., 26 novembre 2013
- Tribunale civile di Roma, Sez. XI, Ordinanza 14 febbraio 2000
- Trib. Milano, Sez. V pen., 15 ottobre 2013 (dep. 13 gennaio 2014)
- Corte di Cassazione, Sezione I Civile, Sentenza 11 novembre 2014, n. 24001
- Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 8 maggio 2019, n. 12193
- Corte di Cassazione., I sez. civ., ordinanza n 99 del 29 Aprile 2019
- Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162
- Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, Sentenza n.12193 dell'8 maggio 2019.
- Corte di Cassazione, sez. V, Sentenza n. 13525 del 10 marzo 2016
- Corte di Cassazione, Sezione Civile n. I, Ordinanza n. 8325/2020.
- Corte di Cassazione, Sez. VI Penale, sentenza del 4 luglio 2005, n. 24586

- Corte di Cassazione, Sez. III Penale, sentenza n. 5198 del 2020
- Corte di Cassazione, Sez. III Penale, sentenza n. 36221 del 2019
- Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza n. 24001 del 2014
- Corte di Cassazione, Sez. III Penale, sentenza n. 5198 del 10 febbraio 2021
- Corte di Cassazione, SS. UU. Civ., Sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162
- Corte di Cassazione, Sez. V Pen., Sentenza del 5 aprile 2016 n.13525
- Corte di Cassazione, Sez. VI Pen., Sentenza del 28 dicembre 2016 n. 48696
- Corte Costituzionale, sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019,
- Corte Costituzionale, Sentenza n. 162 del 10 giugno 2014.
- Corte Costituzionale, Sentenza n. 230 del 4 novembre 2020
- Corte Costituzionale, Sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975.
- Corte Costituzionale, Sentenza n. 79 dell'8 marzo 2022.
- Corte Costituzionale, Sentenza n. 272 del 18 dicembre 2017.
- Corte Costituzionale, Sentenza n. 33 del 9 marzo 2021
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, Advisory opinion, P16-2018-001, 10th April 2019
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza Labassee v. Italy (2017)
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia (Application n. 25358/12)
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, D.B. e altri c. Svizzera (2022), ricorsi nn. 58817/15 e 58252/15
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza C. c. Italia (Application n. 47196/21)
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza Wagner e J.M.W.L. c. Luxembourg (Application no. 76240/01)
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza Moretti e Benedetti c. Italia (Application no. 16318/07)
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, n. 11288/18, 16 luglio 2020
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Bonzano ed altri c. Italia (Application n. 10810/20)
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Nuti e Dallabora c. Italia (Application n. 47998/20)
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Nuti e altri c. Italia (Application, n. 23142/21)
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Parere del 10/04/2019 (Parere consultivo sulla maternità surrogata – in applicazione del Protocollo 16 CEDU)

- Corte di Giustizia Unione Europea - C.D. v. S.T. ; Z. v. Board of management of a community school (C-167/12 e C-363/12)
- Corte giustizia Unione Europea, Grande Sezione, 14/12/2012 n° C-490/20
- *Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988)
- *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993)

Siti Web

- Istituto Superiore di Sanità (ISS), Epicentro - *Procreazione Medicalmente Assistita: Aggiornamenti normativi e giurisprudenziali*, disponibile online al link: <https://www.epicentro.iss.it/pma/aggiornamenti>
- Istituto Superiore di Sanità (ISS), Registro Nazionale della Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) – Dati 2022, pubblicato il 19 ottobre 2022, disponibile online: <https://www.iss.it/rpma-dati-registro>
- Camera dei Deputati, Dibattiti parlamentari in Aula sulla gestazione per altri, sedute del 19 giugno e 18 luglio 2023: <https://webtv.camera.it/evento/22759>, <https://webtv.camera.it/evento/23035>
- Camera dei Deputati, XIII Legislatura – Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, Seduta del 15 febbraio 2001, Roma, 2001. Disponibile online: https://documenti.camera.it/_dati/leg13/lavori/bollet/200102/0215/pdf/12.pdf
- Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Proposta di legge Meloni (A.C. 306), consultabile al link: https://www.camera.it/leg18/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=18&codice=leg.18.pdl.camera.306.18PDL0003300; https://www.camera.it/leg18/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=18&codice=leg.18.pdl.camera.2599.18PDL0112510
- Bollettino Commissione Giustizia, Camera dei Deputati, seduta 23 settembre 2020, disponibile al link: <https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/html/2020/09/23/02/comunic.htm#data.20200923.com02.bollettino.sede00030.tit00010>

- Dibattiti parlamentari in Aula, Camera dei Deputati, sedute 19 giugno e 18 luglio 2023, WebTV Camera, seduta del 19 giugno 2023 e seduta del 18 luglio 2023: <https://webtv.camera.it/evento/19618>; <https://webtv.camera.it/evento/19927>
- Iter legislativo Senato (A.S. 824), seduta WebTV Camera: <https://webtv.camera.it/evento/20455>
- Discussione parlamentare in Commissione Giustizia del 5 maggio 2022, disponibile al link: <https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/html/2022/05/05/02/comunic.htm#data.20220505.com02.bollettino.sede00010.tit00020>
- Sedute del 19 giugno e del 18 luglio 2023, disponibili su WebTV Camera ai seguenti link: <https://webtv.camera.it/evento/19618>, <https://webtv.camera.it/evento/19927>
- Resoconti della Commissione Giustizia, seduta del 21 aprile 2022 al link: <https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/html/2022/04/21/02/comunic.htm#data.20220421.com02.bollettino.sede00010.tit00010>
- Documentazione dei dibattiti parlamentari durante l'esame del provvedimento alla Camera e al Senato, disponibile nei video delle sedute parlamentari: <https://webtv.camera.it/evento/19618>, <https://webtv.camera.it/evento/19927>, <https://www.camera.it/leg18/824?tipo=A&anno=2022&mese=05&giorno=18&view=&commissione=01#data.20220518.com01.allegati.all00010>, <https://www.camera.it/leg18/824?tipo=C&anno=2022&mese=05&giorno=18&view=&commissione=01&pagina=data.20220518.com01.bollettino.sede00010.tit00020#data.20220518.com01.bollettino.sede00010.tit00020>
- Dichiarazioni governative registrate durante le sedute parlamentari (in particolare sedute della Camera del 18 luglio 2023 e 26 luglio 2023), reperibili nei relativi video della WebTV Camera ai link: <https://webtv.camera.it/evento/19927>, <https://webtv.camera.it/evento/20187>
- A. Di Lallo, La maternità surrogata diventa reato universale, disponibile su: <https://dinellalex.com/la-maternita-surrogata-diventa-reato-universale/>
- Unione Europea, Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (COM(2022) 695 final), 7 dicembre 2022, disponibile su: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0481_IT.pdf
- Corte europea dei diritti dell'uomo, Parere consultivo del 15 aprile 2019 (richiesta n. P16-2018-001) reso ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU, disponibile in: <https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=40357&dpath=document&dfile=03102019211651.pdf&content=Corte+dei+diritti+dell%27>

U o m o , +
+Parere+del+10/04/2019,+Parere+consultivo+in+materia+di+maternit%C3%A0+surrogata+(in+applicazione+del+Prot.+16+CEDU)

- <https://www.editorialedomani.it/fatti/maternita-surrogata-gestazione-per-altri-reato-universale-senato-cosa-significa-l0hy0n1o>
- <https://it.aleteia.org/2014/03/05/la-gran-bretagna-e-la-patria-della-maternita-surrogata>