

Maternità surrogata e diritto penale

Chiar.mo Prof.re Antonino Gullo

RELATORE

Chiar.mo Prof.re Enrico Gallucci

CORRELATORE

Rosamaria Truglio
Matr. 166863

CANDIDATO

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA ITALIANA IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA: LA LEGGE N. 40/2004

1. Premessa: il delicato bilanciamento tra l'interesse alla filiazione e quello alla tutela del prodotto del concepimento.	4
2. Dal "Far West" pre-regolamentazione alla legge n. 40/2004.	8
3. La PMA come strumento terapeutico residuale: accessibilità e limiti.	11
4. La tutela sostanziale dell'embrione e il diritto penale: divieti e sanzioni.	17
4.1. Divieto di diagnosi preimpianto.	23
4.2. Divieto di produzione di più di tre gameti.	28
4.3. Divieto di donazione di gameti.	32
5. Profili critici della prima applicazione e interventi della Corte costituzionale.	37

CAPITOLO II

LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ:

L'INQUADRAMENTO GIURIDICO, I DIVIETI E LE SANZIONI PENALI

1. Il concetto di maternità surrogata: diverse accezioni e difficoltà definitorie.	45
2. Gli aspetti etici e bioetici della materia.	49
3. L'inquadramento giuridico della maternità surrogata secondo l'ordinamento italiano.	57
4. I lineamenti del reato di surrogazione di maternità (art. 12, comma 6, l. n. 40/2004).	60
4.1. La dinamica plurisoggettiva della gestazione per altri e il problema dei soggetti attivi del reato.	60

4.2.	Il bene giuridico protetto e il rispetto del principio di offensività.	65
4.3.	Le condotte punibili e il momento di consumazione del reato.	71
4.4.	Il <i>locus commissi delicti</i> (rinvio).	75
5.	Uno sguardo altrove. L'eccezionalità dell'ordinamento italiano nello scenario internazionale.	76
5.1.	Gli Stati europei che consentono la maternità surrogata in forma altruistica.	77
5.2.	Gli Stati che vietano la GPA.	81
5.2.1.	Gli Stati che prevedono un divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata (ma non puniscono i “genitori intenzionali”).	81
5.2.2.	Gli Stati che puniscono solo indirettamente le condotte di GPA.	83
5.3.	La surrogazione di maternità commerciale: gli ordinamenti che la disciplinano.	88
5.4.	Le conclusioni della disciplina comparatistica.	94

CAPITOLO III

TURISMO PROCREATIVO E MATERNITÀ SURROGATA ALL'ESTERO.

LE TECNICHE DI REPRESSIONE PENALE E LE NOVITÀ IN TEMA DI GIURISDIZIONE DELLA LEGGE N. 169/2024

1.	Premessa: il turismo procreativo e la natura transnazionale della fattispecie.	97
2.	La repressione “indiretta” della maternità surrogata all'estero e il divieto di trascrizione dell'atto di nascita.	100
2.1.	Profili civilistici: il contrasto della trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero con il principio dell'ordine pubblico.	101
2.2.	(segue) Il contesto evolutivo della materia nelle pronunce nazionali e sovranazionali.	105

2.3.	Profili penalistici: la prospettata applicazione della fattispecie di falso di cui agli artt. 567, comma 2, c.p. e 495, comma 2, n. 1, c.p.	116
3.	Una repressione penale “diretta” e “universale” ai sensi dell’art. 12, co. 6, l. n. 40/2004? La situazione anteriore alla riforma.	124
3.1.	L’applicazione della legge penale nello spazio e il regime di punibilità in caso di reato commesso all’estero.	125
3.2.	Il principio della doppia incriminazione.	131
3.3.	La giurisprudenza sulla giurisdizione italiana per la surrogazione di maternità prima della l. n. 169/2024.	136
4.	La legge n. 169/2024 e l’obiettivo di una repressione penale “universale”.	142
4.1.	L’iter legislativo, l’approvazione della legge 4 novembre 2024, n. 169 e le modifiche apportate all’art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40.	142
4.2.	Il concetto di “reato universale” e l’effettiva portata extraterritoriale della riforma.	147
5.	I dubbi di legittimità della legge n. 169/2024.....	152
5.1.	I rapporti tra l’extraterritorialità incondizionata e il principio di offensività.	154
5.2.	Il sindacato di proporzionalità e l’equo bilanciamento tra l’interesse pubblico perseguito e i diritti fondamentali compressi.	160
5.3.	La valutazione di conformità della legge n. 169/2024 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo.	167
CONCLUSIONI		173
BIBLIOGRAFIA		179
NORMATIVA		198
GIURISPRUDENZA		201

INTRODUZIONE

Il potere legislativo, così come quello giudiziario, negli ultimi decenni si è trovato ad affrontare nuove e complesse questioni, emerse in seguito al sempre più rapido e profondo sviluppo della società contemporanea. L'evoluzione scientifica e tecnologica, se apparentemente sembra interessare, principalmente, ambiti quali l'intelligenza artificiale, la protezione dei dati personali o i mercati globali, in realtà ha inciso anche su ciò che più sembra essere naturalmente dato: il primo momento dell'esistenza di ogni essere umano, ossia la nascita, e ancor prima, la procreazione.

Infatti, se è pur vero che alcuni presupposti legati al concepimento e alla genitorialità sembrano, a un primo sguardo, acquisiti e immodificabili, è un dato di fatto che i mutamenti sociali e scientifici in atto stiano trasformando anche il fenomeno della nascita, generando una scissione tra la funzione genetica, quella gestazionale e quella genitoriale. A tali trasformazioni, lo Stato può adeguarsi o opporsi: per taluni, queste evoluzioni generano incertezze, instabilità e possibili lesioni di diritti fondamentali che richiedono una risposta normativa puntuale, anche di tipo repressivo; mentre per altri, si tratta di opportunità di crescita, sviluppo e ampliamento delle possibilità procreative che, pertanto, meritano regolamentazioni equilibrate e volte a tutarle tutti i diritti in gioco.

Queste due visioni contrapposte, e l'esigenza di un bilanciamento, accompagnano l'intera evoluzione della disciplina normativa della procreazione medicalmente assistita, sin dai suoi albori, fino agli sviluppi più recenti.

Nell'ordinamento giuridico italiano la gestazione per altri è espressamente vietata, in qualsiasi forma, dall'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Tuttavia, il fenomeno ha superato ampiamente i confini nazionali, con una sempre crescente emigrazione procreativa verso i Paesi che consentono la maternità surrogata, dando così luogo a rilevanti questioni giuridiche, conseguenti alla realizzazione della condotta all'estero, tra cui la trascrizione degli atti di nascita e la punibilità dei cittadini italiani coinvolti.

In questo scenario si è inserito l'intervento del legislatore, con l'approvazione della legge 4 novembre 2024, n. 169, che ha esteso la punibilità

della maternità surrogata anche alle condotte tenute dai cittadini italiani al di fuori dei confini nazionali.

La tesi si propone, dunque, di esaminare in modo critico la disciplina della PMA, con particolare riguardo alla fattispecie di maternità surrogata, per valutarne – alla luce della recente riforma – la coerenza sistematica e la razionalità e conformità ai principi costituzionali e sovranazionali.

Nel primo capitolo dell'elaborato è esaminato il concetto di “procreazione medicalmente assistita” come alternativa alla procreazione naturale, disciplinata dalla legge n. 40/2004. Si espone dettagliatamente la normativa, in modo da metterne in evidenza sia i punti fermi, sia le criticità più discusse. Partendo dalle ragioni che hanno indotto il legislatore ad intervenire nel 2004, si analizza il difficile bilanciamento tra l'interesse alla filiazione e la tutela del prodotto del concepimento, fino a giungere al cuore della disciplina: la tutela dell'embrione e divieti assoluti posti a suo favore. Nella parte conclusiva, si affrontano le criticità relative ai singoli divieti e le problematiche sorte in seguito alla sua prima applicazione, a proposito delle quali è negli anni intervenuta la Corte Costituzionale con significative dichiarazioni di illegittimità.

Il secondo capitolo è dedicato allo studio della repressione penale della surrogazione di maternità. Dopo aver definito la nozione di surrogazione quale forma di procreazione medicalmente assistita, se ne mette in luce la specificità, tentando di darne una definizione poliedrica, che tenga conto delle plurime categorie in cui può declinarsi, e se ne affrontano brevemente i profili etici, i quali, ancor più che nella PMA in generale, risultano determinanti per comprendere le scelte normative del legislatore e l'introduzione di un divieto assoluto sanzionato penalmente. Segue l'approfondita disamina della fattispecie di reato di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004: la ricostruzione dimostrerà l'indeterminatezza intrinseca della norma incriminatrice e permetterà di comprendere le questioni dottrinali e giurisprudenziali che l'hanno coinvolta. Si esamina, inoltre, la disciplina della fattispecie nel contesto sovranazionale per permettere di comprendere il quadro giuridico internazionale in cui si è inserita l'attuale riforma, distinguendo tra i Paesi che legalizzano la GPA solo in forma altruistica, quelli che la vietano sanzionandola penalmente, quelli che invece la vietano senza prevedere sanzioni

penali dirette e, infine, quelli che la legalizzano in tutte le sue forme, ivi compresa nelle forme “negoziali” e a titolo oneroso.

Il terzo capitolo è dedicato alla maternità surrogata all'estero e alla legge n. 169/2024. Dopo un inquadramento del fenomeno del turismo procreativo si affrontano i tentativi della sua repressione penale.

In primo luogo, in forma “indiretta”: si affronta, dunque, il problema della trascrizione degli atti di nascita legalmente redatti all'estero, sia sotto il profilo penalistico che civilistico, ripercorrendo il quadro giurisprudenziale nazionale e sovranazionale.

Si passa poi al problema dell'applicazione territoriale della fattispecie di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, ossia al cuore della problematica affrontata dal legislatore nel 2024. Dopo una sintetica ricostruzione della disciplina dell'applicazione della legge penale nello spazio, soffermandosi sulla questione della doppia incriminazione, si esamina la giurisprudenza pre-riforma in materia di GPA tenuta all'estero. Ciò consentirà di comprendere la reale portata della modifica normativa, di cui sono analizzati i dubbi profili di compatibilità costituzionale, in particolare rispetto ai principi di offensività e proporzionalità, nonché le possibili violazioni della CEDU.

In questo contesto, si impone una riflessione sul ruolo che il legislatore ha assegnato al diritto penale nel tentativo di contenere una pratica tanto controversa quanto diffusa. L'ampliamento dell'ambito di punibilità, soprattutto in chiave extraterritoriale, solleva interrogativi che non riguardano solo la legittimità costituzionale della scelta repressiva, ma anche la sua coerenza sistematica e la sua effettiva utilità. Si tratta di comprendere se l'intervento penale sia davvero lo strumento più adeguato per affrontare tale realtà in trasformazione, o se non rischi, al contrario, di irrigidire un terreno che richiederebbe maggiore apertura e capacità di bilanciamento.

MATERNITÀ SURROGATA E DIRITTO PENALE

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA ITALIANA IN MATERIA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA: LA LEGGE N. 40/2004

SOMMARIO: 1. Premessa: il delicato bilanciamento tra l'interesse alla filiazione e quello alla tutela del prodotto del concepimento. – 2. Dal “Far West” pre-regolamentazione alla legge n. 40/2004. – 3 La PMA come strumento terapeutico residuale: accessibilità e limiti. – 4. La tutela sostanziale dell’embrione e il diritto penale: divieti e sanzioni. – 4.1. Divieto di diagnosi preimpianto. – 4.2. Divieto di produzione di più di tre gameti. – 4.3. Divieto di donazione di gameti. – 5. Profili critici della prima applicazione e interventi della Corte costituzionale.

1. Premessa: il delicato bilanciamento tra l'interesse alla filiazione e quello alla tutela del prodotto del concepimento.

Le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) si sono sviluppate grazie ai progressi scientifici e tecnologici degli ultimi decenni nel trattamento e nella cura della sterilità. La rapidità con cui la materia si è evoluta ha sollevato questioni di rilevanza giuridica ed etica, imponendo una riflessione sui limiti da imporre a queste pratiche, che pure rappresentano una delle più significative conquiste nell'ambito della scienza medica.

Tra le più avanzate frontiere del dibattito si annoverano i temi della selezione genetica, della clonazione e della manipolazione del patrimonio ereditario: fenomeni che pochi anni fa venivano segnalati, da autorevole dottrina penalistica, come «i nuovi pericoli che incombono sull'umanità»¹. Il diritto, in questo ambito, è chiamato a svolgere il complesso compito di definire un quadro

¹ V. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e tutela delle vittime*, in STELLA (a cura di), *I temi della modernità*, 3^a ed., Milano, 2003.

normativo idoneo a prevenire derive incompatibili con i principi fondamentali della dignità umana e con i valori civili su cui si fonda la nostra società².

Per comprendere tutte le problematiche che verranno affrontate, prima di procedere all'analisi della disciplina vigente, è necessario inquadrare gli interessi giuridici rilevanti. Da un lato, vi è l'interesse genitoriale alla filiazione, ossia il diritto dei soggetti sterili o infertili ad accedere, in via residuale, alle tecniche di fecondazione assistita. Dall'altro, si configura l'interesse alla tutela del prodotto del concepimento, ossia la protezione dell'embrione da interventi e manipolazioni che possano pregiudicarne la dignità o la stessa esistenza.

La l. n. 40/2004 – come si dirà meglio nel corso di questo capitolo – si è posta l'obiettivo di bilanciare questi due interessi che, se non conciliati, potrebbero contrapporsi, e lo ha fatto, da un lato, riconoscendo la possibilità di accedere alla PMA nei casi previsti, dall'altro, imponendo limiti stringenti volti a garantire la tutela dell'embrione.

L'ambito della PMA, oltre a sollecitare, per la rilevanza dei diritti coinvolti, una riflessione in chiave costituzionale, comporta un significativo coinvolgimento del diritto civile e, soprattutto, del diritto penale, chiamato a sanzionare le condotte illecite e a disciplinare eventuali abusi.

Il diritto deve, pertanto, necessariamente rapportarsi con la bioetica, relazione, questa, da sempre oggetto di un acceso dibattito, che ha accompagnato l'evoluzione della materia, generando contrasti interpretativi e tensioni normative³.

Mentre la scienza procede attraverso rotture e innovazioni, il diritto implica continuità. Il legislatore deve rielaborare il sistema della genitorialità e della filiazione, così come modificatisi dopo l'introduzione della PMA, senza però stravolgere le basi dell'ordine giuridico sussistente. Inoltre, data l'impossibilità della legge di dare risposta a quando sia identificabile la persona umana, è preminente il compito del legiferante di non apportare interpretazioni troppo restrittive o troppo ampie a tali fattispecie che, nel bilanciamento tra il diritto alla

² Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, 73 ss.

³ Sul tema, v. in generale DELLA TORRE, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Milano, 1997; CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale, Materiali per una discussione*, 2^a ed., Torino, 2014; BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Milano, 2018.

vita umana e il diritto alla libertà, portino alla soppressione dell'uno o dell'altro senza un'adeguata e necessaria conciliazione⁴.

L'idea di un "diritto al figlio", ossia il diritto alla riproduzione, muove dalla considerazione della procreazione come momento di rilevanza straordinaria per la dignità, personalità e vita dell'individuo, e pertanto, traduce lo stesso in un diritto fondamentale che lo Stato è tenuto a tutelare; diritto il quale, implicando che ciascuno sia autorizzato in qualsiasi circostanza e con ogni possibile modalità di concepimento a procreare un figlio, contrasterebbe fortemente con i diritti propri del nascituro, soggetto a cui è primariamente spettante il diritto a conoscere le proprie origini genetiche. Interesse che, a sua volta, mal si concilia con la presenza di genitori sociali e non genetici che sono venuti ad esistenza in seguito alle innovative tecniche di procreazione. Inoltre, riconoscere all'embrione la condizione di persona umana, implica una stringente limitazione a tutti i possibili interventi che sarebbero ipotizzabili sullo stesso se fosse, invece, considerato come una vita soltanto "potenziale"⁵.

Tale scenario si presenta ancor più delicato nel contesto italiano, in cui la laicità dello Stato si confronta con la tradizionale influenza della Chiesa cattolica, contribuendo a rendere la disciplina normativa particolarmente complessa e soggetta a continue evoluzioni⁶.

Nell'affrontare queste scelte normative, il legislatore può attingere a tre principali modelli teorici formati⁷: quello "libertario", quello "personalista" e quello promosso dalla Chiesa cattolica, ciascuno espressione di un diverso equilibrio tra autonomia individuale, interesse del nascituro e ruolo dello Stato.

Il modello libertario valorizza l'autodeterminazione e concepisce la scelta procreativa come diritto fondamentale, da esercitarsi liberamente anche attraverso mezzi artificiali, senza vincoli legati alla sterilità o considerazioni sull'interesse del nascituro. Lo Stato dovrebbe mantenere una posizione neutrale, limitandosi a

⁴ Cfr. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica, percorsi etici e giuridici*, 2^a ed., Torino, 2014, 8.

⁵ In tal senso D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, cit., 8 s.

⁶ Sul punto si veda DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello stato: da sempre un rapporto difficile*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013.

⁷ V. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, cit., 11 ss.

garantire consapevolezza e accesso alle tecniche⁸. Anche l'etica utilitarista, pur partendo da presupposti diversi, sostiene la legittimità dell'accesso generalizzato alla PMA, affidando al criterio costi-benefici la composizione tra l'interesse dei genitori e quello del nascituro, privilegiando il "valore felicità" di chi è già nato.

Il modello personalista, invece, propone un approccio basato sulla responsabilità e sul bilanciamento tra diritti, riconoscendo l'autonomia individuale solo se armonizzata con valori costituzionalmente rilevanti, come la tutela del nascituro. La PMA è ammessa non come alternativa al concepimento naturale, ma come strumento terapeutico per superare patologie riproduttive, sempre nel rispetto del diritto alla salute. In questa prospettiva, il legislatore è chiamato a selezionare e regolare l'uso delle tecnologie in base alla salvaguardia della dignità umana, della famiglia e dell'identità del nuovo soggetto. La valutazione etico-giuridica si estende anche alla qualificazione dell'embrione, alla struttura del contesto familiare e al benessere del minore, privilegiando soluzioni basate sul bilanciamento degli interessi coinvolti⁹.

In ultimo, il modello "cattolico"¹⁰ si fonda sull'idea che la vita umana deve essere tutelata sin dal concepimento e che la procreazione avvenga esclusivamente nel contesto della famiglia fondata sul matrimonio. Le tecniche che dissociano l'unione coniugale dalla generazione (come la fecondazione in vitro) sono considerate inaccettabili, così come la fecondazione eterologa, in quanto violano l'unità del matrimonio e il diritto del figlio alla propria identità biologica. Accettata, in via eccezionale, solo l'inseminazione omologa *in vivo*, la posizione della Chiesa è contraria a ogni logica di "medicina del desiderio" e richiede un intervento legislativo ispirato a principi etici non negoziabili, fondati sulla legge naturale e sulla complementarità tra fede e ragione. Pur riconoscendo la complessità delle società moderne, il Magistero sollecita il legislatore a definire limiti chiari che

⁸ In tal senso SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, 16 ss.; ROBERTSON, *Children of Choice. Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, 1994, 220; WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Torino, 2004.

⁹ V. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, cit., 13 s.

¹⁰ In tal senso CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione Dignitas Personae su alcune questioni di bioetica*, 2008; DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dignitas infinita circa la dignità umana*, 2024; SAVAGNONE, *La Chiesa contro la maternità surrogata: conservatorismo o difesa delle donne?*, in *Centro di orientamento pastorale*, 2014.

proteggano la vita e la dignità della persona anche dinanzi alle sfide poste dal progresso scientifico.

In tale articolato panorama, «il diritto penale non è funzionale a castigare costumi immorali, né a orientare opzioni culturali individuali o collettive, ma a finalità concrete di prevenzione dell'ottica della tutela dei beni giuridici. È opportuno ribadire che l'orientamento dell'intervento penale a finalità «laiche» di prevenzione – e la sua delimitazione attraverso previsione di garanzie formali (legalità, ecc.) – costituisce «imperativo categorico» liberale imprescindibile per qualsiasi sistema penale, anche internazionale»¹¹.

2. Dal “Far West” pre-regolamentazione alla legge n. 40/2004.

Pur risalendo le prime tecniche di PMA alla fine del Settecento¹², è solo nella seconda metà degli anni Settanta che vi è stato un forte sviluppo di queste pratiche ed è nata l'esigenza di una puntuale regolamentazione delle stesse, sia a seguito dell'evoluzione tecnologica, che del mutamento della concezione della famiglia¹³.

Antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 40/2004, parte della dottrina riteneva l'Italia essere un “Far West”¹⁴ della procreazione assistita, causato dall'assenza di una normativa di riferimento, la quale generava lo sviluppo di prassi mediche disomogenee e plurimi regolamenti regionali.

In realtà, i principi che sono poi stati trasfusi all'interno della l. n. 40/2004 erano rinvenibili in altre fonti normative nazionali e sovranazionali. Oltre alle norme di primaria importanza del nostro ordinamento giuridico, tra cui la

¹¹ Cfr. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, cit., 6.

¹² Le prime esperienze di inseminazione artificiale risalgono alla fine del XVIII secolo, rese possibili anche dagli studi di Spallanzani, che dimostrò come l'orgasmo femminile non fosse necessario alla fecondazione. Già negli anni Settanta del Settecento, a Londra, si registra un caso in cui un uomo affetto da ipospadia, su indicazione del medico Hunter, praticò un'inseminazione intracervicale con una siringa riscaldata. La prima inseminazione da donatore è invece documentata nel 1884 ad opera di William Pancoast, professore all'Università di Philadelphia. Per un approfondimento sul tema si veda CORBELL, *La medicina riproduttiva: la procreazione medicalmente assistita*, in *treccani.it* contributo tratto da ECO, *Il Novecento, Storia della civiltà europea*, Milano, 2014.

¹³ Sul punto D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, cit., 1.

¹⁴ Espressione questa utilizzata da DOLCINI, *Fecondazione assistita* cit., 31; sul punto si veda anche FLAMIGNI, *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in CELOTTO, ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, 1^a ed., 2004, 11; SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, 11.

Costituzione¹⁵ e il Codice civile¹⁶, la fonte normativa più rilevante era il Codice di deontologia medica¹⁷, contenente specifiche indicazioni in materia di PMA destinate ai medici, che fu arricchito, poi, dalla Circolare del 1985 emanata dal Ministro della sanità (Circolare Degan)¹⁸. Inoltre, i principali divieti contenuti nel testo originario della l. n. 40/2004 erano già definiti in un importante documento del Consiglio d'Europa del 1989, intitolato: *Principi sui progressi delle scienze biomediche*¹⁹ e affiancato dal *Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo*²⁰ del 1998, contenente il divieto di clonazione degli esseri umani²¹.

Questa normativa frammentaria e le annesse problematiche hanno reso sempre più evidente la necessità di una regolamentazione omogenea e specifica della materia, anche conformemente al panorama europeo caratterizzato da dettagliate leggi contenenti limiti e divieti alle scelte individuali e all'operato dei medici in materia di PMA.

Nel nostro Paese l'adozione di tale normativa è stata fortemente ostacolata dalla contrapposizione tra la concezione laica della bioetica e quella cattolica, contrapposizione che pendeva in un senso o nell'altro, a seconda degli schieramenti alternatisi nelle diverse legislature²². Il rapporto tra bioetica e diritto poc'anzi descritto, pertanto, così come risolto dalla legge 19 febbraio 2004 n. 40, *Norme in*

¹⁵ In particolare, gli artt. 2, 29, 30 e 32 della Costituzione, rispettivamente l'art. 2 a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo sia come individuo che nelle formazioni sociali; l'art. 29 che riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, l'art. 30 che sancisce il dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio e l'art. 32 che garantisce e tutela il diritto alla salute come diritto fondamentale dell'individuo.

¹⁶ In materia si veda, il titolo VII del Libro I del Codice civile, intitolato *Della filiazione*, artt. 315 ss. al quale si aggiungeva la legge n. 194/1978 riguardante l'interruzione di Gravidanza che arricchiva indirettamente questo scenario riconoscendo il diritto della donna all'autodeterminazione in materia di maternità.

¹⁷ Il testo del Codice di deontologia medica, nella versione del 1998, è consultabile in DOGLIOTTI, FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza, Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, 2004, 416 ss.

¹⁸ In merito ai contenuti della c.d. "Circolare Degan" si veda BALISTRERI, POLLO, *Storia della normativa sulla procreazione assistita in Italia*, in *Bioetica*, 2005, 3, 19 ss.

¹⁹ Cfr. *Recueil des textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique*, vol II, 1989, 76, in www.coe.int.

²⁰ Nel preambolo si legge «la strumentalizzazione dell'essere umano attraverso la creazione di esseri umani geneticamente identici è contraria alla dignità dell'uomo e costituisce un uso improprio della biologia e della medicina». Il testo del Protocollo addizionale e della Convenzione di Oviedo (*Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina*, 4 Aprile 1997) sono consultabili presso www.coe.int.

²¹ Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 30.

²² Si veda in tal senso CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 4, 416.

materia di procreazione medicalmente assistita, non è libero dai segni dell'aspro dibattito che lo ha caratterizzato nella sua formazione. Il legislatore ha infatti ritenuto di bilanciare l'interesse alla procreazione, come corollario del diritto alla salute, e quello alla vita umana, quale da considerarsi l'embrione²³, aderendo al modello personalista²⁴, ossia bilanciando gli interessi in gioco compatibilmente con le norme Costituzionali vigenti, ma lo ha fatto lasciando non pochi spazi oscuri e dando agio a rilevanti dubbi interpretativi.

Le due commissioni nelle quali fu discussa la l. n. 40/2004 prima della sua emanazione erano presiedute da due medici specializzati in ginecologica, l'onorevole Palumbo e il senatore Tommasini, il quale, per la prima volta durante un'audizione parlò di norme "passerelle", riferendosi a quelle disposizioni che avrebbero dovuto essere oggetto di un'interpretazione meno sgradevole di quella di immediata percezione; sarebbe, infatti, spettato al Ministro della salute individuarle e considerarle adeguatamente, per rendere meno netta la distanza tra il piano giuridico della disciplina e la prassi medica²⁵.

Uno dei principali problemi della normativa in questione è legato proprio alla natura medica della materia. La medicina è costituita, infatti, da termini specifici e annesse definizioni che spesso nulla hanno a che fare con il linguaggio comune e il legislatore è più volte incappato in errori terminologici di questo genere, alle volte, probabilmente, anche per lasciare aperte delle porte che, con maggiore precisione definitoria, sarebbero state definitivamente chiuse. Si veda, ad esempio, il riferimento della legge alla PMA eterologa, termine, quest'ultimo volto ad indicare la forma di PMA in cui sono utilizzati gameti donati da una persona esterna alla coppia, e che, invece, in biologia, si riferisce all'incontro di gameti appartenenti a specie diverse e non a soggetti diversi della stessa specie.

Al di là delle singole questioni problematiche che verranno di volta in volta affrontate successivamente, trattando dei principali aspetti della normativa in questione, resta qui da esaminare il nodo centrale della normativa: essa nasce con l'obiettivo di affrontare il problema della sterilità di coppia, non curando la stessa,

²³ Per un approfondimento sul tema, si veda DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 93 ss.

²⁴ V. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, cit., 13.

²⁵ Sul tema FLAMIGNI, *Introduzione, Il biologo parla al giurista*, in DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 1.

ma ponendo delle soluzioni alternative; come è stato da autorevole dottrina affermato, però, ampliando i limiti precedentemente sussistenti e prevedendo delle aspre sanzioni, anche di natura penale, la legge ha ostacolato la soluzione ai problemi riproduttivi, tradendo il senso stesso della normativa, tanto che è stata definita «legge di lotta contro la PMA»²⁶. La l. n. 40/2004 ha finito per essere, secondo alcuni, una “delusione generale”, lasciando i cattolici insoddisfatti dalla regolamentazione di una forma di procreazione artificiale e i laici altrettanto delusi dalle forti limitazioni poste alla stessa. Per quest’ultimi, in particolare, la legge avrebbe tradito la laicità dello Stato segnando una svolta neo-confessionale del nostro ordinamento, provocando indignazione di molti scienziati e giuristi italiani²⁷.

Ma questo ricco percorso evolutivo non termina nel 2004: il panorama normativo sarà, infatti, poi soggetto, ai numerosi interventi ad opera della Consulta con l’obiettivo di risolvere le principali questioni dibattute²⁸.

3. La PMA come strumento terapeutico residuale: accessibilità e limiti.

Per comprendere adeguatamente il contenuto della disciplina legislativa in esame, bisogna avere approfondita conoscenza delle tecniche di PMA.

Dalla fecondazione *in vivo*, infatti, che avviene nel corpo umano senza la produzione di embrioni “in provetta”, si differenzia la fecondazione *in vitro*²⁹, che comporta la fecondazione, ossia la fusione degli ovociti prelevati, con gli spermatozoi, all’esterno del corpo umano – appunto “*in vitro*” – con l’obiettivo di ottenere embrioni da trasferire già fecondati all’interno dell’utero materno. Inoltre, si può distinguere la fecondazione “omologa” da quella “eterologa”, a seconda che

²⁶ Cfr. DOLCINI, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Corr. merito*, 2007, 1425 ss.

²⁷ Così, a proposito della legge n. 40/2004, «È una legge medievale[...]: non solo limita la libertà dei cittadini, ma anche vieta una ricerca che può essere estremamente importante per guarire malattie fino ad ora inguaribili. Dunque, è una cosa vergognosa, [...] segno di una classe dirigente ignorante e arrogante», HACK, *Libera scienza in libero Stato*, Milano, 2010, 91 ss.

²⁸ Si veda *infra*, cap. I, par. 4.1, 4.2, 4.3 e 5.

²⁹ L’inseminazione *in vitro* può essere svolta in due differenti modalità: la prima è detta FIVET (fertilizzazione *in vitro* con *embryo transfer*), procedura con cui ovociti e spermatozoi vengono posti insieme in una piastra con terreno di coltura adatto a che gli spermatozoi penetrino naturalmente l’ovocita. La seconda è detta ICSI, (iniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo), procedura in cui lo spermatozoo viene preso ed inserito direttamente all’interno dell’ovocita attraverso microaghi.

Per maggiori informazioni tecniche sul tema consultare www.gvmnet.it.

i gameti maschili e femminili utilizzati provengano, rispettivamente, dalla coppia o da terzi donatori³⁰.

In ultimo, va isolata la figura della surrogazione di maternità, caratterizzata dalla gestazione di una donna per conto di altri che poi acquisteranno la responsabilità genitoriale nei confronti del nascituro. Il tema in questione verrà ampiamente trattato in seguito³¹.

Il co. 1 dell'art. 4³², insieme al co. 2 dell'art. 1³³, è di fondamentale importanza per quel che concerne i presupposti che consentono l'accesso alle tecniche.

Prevede infatti, l'art. 4, nella sua versione originaria, che il ricorso alla PMA sia garantito solo nelle ipotesi di accertata sterilità e infertilità, senza prevederlo per le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili al concepito.

Sul punto sono dapprima intervenute le *Linee Guida* del 2008, le quali hanno consentito l'accesso alla PMA alle coppie in cui l'uomo fosse affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili – ciò non solo a tutela del concepito, ma anche della donna a fronte di possibili rapporti non protetti per ragioni procreative –³⁴ e, successivamente, è intervenuta la Corte costituzionale nel 2015, che come diremo meglio in seguito ha dato il via all'accesso alla PMA alle coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche gravi³⁵.

Il principale problema da affrontare riguarda proprio le condizioni di sterilità e infertilità. Le *Linee guida concernenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita* emanate con decreto il 21 luglio 2004 dal Ministro della salute, tentano di individuare una definizione delle fattispecie. Secondo una prima definizione ivi riportata la sterilità nella donna andrebbe distinta dall'infertilità, da intendersi, quest'ultima, come incapacità di

³⁰ V. CANESTRARI, *Procreazione assistita*, cit., 416.

³¹ Cfr. *infra*, cap. II.

³² Cfr. «Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.», co. 1, art. 4, l. n. 40/2004.

³³ Cfr. «Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.», art. 4, co. 2, l. n. 40/2004.

³⁴ V. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, cit., 108.

³⁵ V. *Infra*, cap I, par. 4.1.

condurre la gravidanza fino all'epoca di vitalità fetale; la sterilità nell'uomo sarebbe invece sinonimo di infertilità. Secondo un'altra definizione, una coppia è infertile quando non è stata in grado di concepire un bambino dopo un anno e più rapporti sessuali non protetti, mentre è sterile se uno o entrambi i coniugi sono affetti da una condizione fisica permanente che non permetta loro la procreazione. In ultimo, si specifica che nel testo normativo le due fattispecie andranno intese come sinonime, designando il mancato concepimento o come conseguenza di patologia riconosciuta o dopo che siano trascorsi 12/24 mesi in presenza di rapporti sessuali regolari.

Questa complicazione definitoria dimostra la difficoltà del legislatore di adattarsi al linguaggio scientifico in questione. Risulta, infatti, molto alto in Italia il tasso di sterilità per cause non spiegate³⁶, condizione che può essere accertata soltanto dalla coppia, l'unica che ha la possibilità di affermare la regolarità dei propri rapporti. Ciò rende il medico capace di convalidare meramente quanto attestato dalla coppia, non potendo averne prova diretta, mancando, tra l'altro, anche in ambito scientifico accordo unanime sulle nozioni in discussione.

È, inoltre, praticamente indistinguibile la sterilità dall'ipofertilità³⁷, ragion per cui non è ipotizzabile la richiesta al medico di certificare la prima; egli si troverebbe, infatti, a non poterne avere certezza diagnostica³⁸.

Pertanto, nonostante l'accertamento oggettivo della sterilità e dell'infertilità richiesti dalla disposizione, è il caso di procedere ad un'interpretazione più benevola del art. 4 intendendo che «alle PMA possono accedere tutte le coppie portatrici di anomalie genetiche o sierodiscordanti per una malattia infettiva» e «coloro che dichiarino di essere sterili, visto che nessuno può contestare questa loro dichiarazione»³⁹.

Il secondo presupposto per l'accesso alle tecniche è indicato al co. 2, art. 1 e ribadito nel co. 1, art. 4, che sancisce la residualità del ricorso alla PMA, non solo

³⁶ Cfr. FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, Milano, 1998. Si vedano sul punto i dati attuali forniti dal Ministero della Salute, consultabili sul sito *salute.gov.it*, i quali attestano una percentuale del 15% di sterilità tra le coppie.

³⁷ Se una persona è sterile non può avere dei bambini senza il ricorso alle tecniche, se è ipofertile ha bassissime probabilità di avere un figlio ma la possibilità non è totalmente esclusa. Sul punto si veda FLAMIGNI, *Introduzione*, cit., 6. Definizione in *Treccani*.

³⁸ Sul tema FLAMIGNI, *Introduzione*, cit., 5 ss.

³⁹ Così FLAMIGNI, *Introduzione*, cit., 7; sul punto TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino, 2019, 112 ss.

perchè accessibile a determinati soggetti come sin ora detto, ma ancor più perchè accessibile solo ove non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.

Come largamente riconosciuto nel dibattito sulla materia, la disciplina che relega l'uso delle PMA all'*extrema ratio* non è solo tecnica, ma anche ideologica; riflette, infatti, una precisa scelta etico-valoriale, tesa a preservare la centralità del concepimento naturale, riservando l'accesso alle tecniche artificiali solo nei casi in cui ogni altro tentativo sia fallito. Il dispositivo finisce per ribadire, sostanzialmente, che le PMA «non sono una terapia», bensì «un mero sostegno alla coppia e quindi a due soggetti, interessando poi i diritti e le condizioni di un terzo soggetto, il bambino»⁴⁰. Non stupisce, in ultimo, dinanzi al difficile accertamento dei suddetti requisiti, che la legge non preveda alcuna sanzione per la violazione dei principi enunciati dagli artt. 1, co. 2 e 4, co. 1.

La normativa compie ulteriori scelte di principio, consentendo, nella versione originaria del testo, l'accesso solo alle tecniche di PMA omologa⁴¹ di cui si dirà più approfonditamente in seguito e solo alle coppie congiunte o conviventi, composte da persone di sesso diverso, entrambe in vita, maggiorenni ed in età potenzialmente fertile⁴²⁴³. La violazione dell'art. 5, a differenza di quanto accade per i requisiti precedentemente detti, è sanzionata, dal co. 2, art. 12, con la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.

La normativa, così come esposta nei suoi lineamenti fondamentali, può sollevare difficoltà applicative rilevanti e può incidere anche sulla tutela di diritti costituzionalmente garantiti. In primo luogo, il diritto alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost., che include nella sua accezione più ampia anche la salute riproduttiva e

⁴⁰ Cfr. ON. BIANCHI, *Relazione* del 26 marzo 2002.

⁴¹ Sul punto «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.», art. 4, co. 3, l. n. 40/2004. Per un approfondimento sul tema si veda *infra*, cap. I, par. 4.3 e par. 5.

⁴² Questi i requisiti soggettivi previsti dall'art. 5, l. n. 40/2004: «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

⁴³ Scelte queste che nel loro insieme dimostrano il privilegio dato al “diritto del concepito ai due genitori”, piuttosto che al “diritto alla procreazione”. Si veda sul punto MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra “il diritto alla prole” e “il diritto ai due genitori”*, in *Ind. Pen.*, 1990, 416 ss; DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 81.

psicologica della persona⁴⁴. In secondo luogo, il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nella misura in cui l'accesso alle tecniche può essere concesso o negato sulla base di criteri vaghi e interpretabili in modo difforme, determinando trattamenti disomogenei e potenzialmente discriminatori tra coppie che versano in situazioni analoghe. Inoltre, la possibilità di accedere alla genitorialità, anche attraverso tecniche mediche, può essere letta come espressione del diritto all'identità personale e all'autodeterminazione individuale, valori riconducibili agli articoli 2 e 13 della Costituzione.

Per concludere, la legge stabilisce all'art. 6, la necessità del consenso informato, di cui il medico è responsabile. Spetta a lui il compito o, meglio, l'obbligo, di rendere consapevole la coppia sui metodi, sui problemi bioetici e giuridici, e su tutti i possibili effetti collaterali fisici e psicologici conseguenti all'applicazione della PMA⁴⁵. L'informativa in questione deve essere completa e analitica, ancor più in ipotesi di PMA eterologa in cui ad essere coinvolto è anche un ulteriore soggetto, donatore delle cellule riproduttive. Un eventuale condotta omissiva del medico in tal senso potrebbe comportare la responsabilità dello stesso e potrebbe essere ragione di risarcimento del danno.⁴⁶ Fondamento di tale obbligo informativo sono il dovere di eseguire il contratto secondo buona fede (ex. art. 1375 c.c.), la tutela alla salute (ex. art. 32 Cost.), ma anche l'inviolabilità della libertà personale (ex. art. 32 Cost.), in quanto quella della procreazione rientra nel libero potere discrezionale di autodeterminazione. Il medico, pertanto, deve valutare la capacità della persona di prendere tale decisione autonoma e per farlo deve considerare le capacità dei soggetti di: comprendere le informazioni essenziali e le conseguenze del trattamento, riconoscere il problema, valutare le scelte tra valori in gioco e scegliere consapevolmente⁴⁷.

⁴⁴ Sul punto: le PMA «non eliminano né curano le cause della patologia ripristinando l'originaria o tipica funzione», tuttavia si pongono come «rimedio alla sterilità o alla infertilità [...] con lo scopo di tutelare il diritto alla salute, intesa non come semplice assenza di malattia, ma [...] come benessere fisico, psichico e sociale dell'individuo», CANETSRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficoltà equilibri*, 2001, 62.

⁴⁵ V. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, cit., 111.

⁴⁶ Sul tema BARNI, *Diritti-doveri: responsabilità del medico. Dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1999, 263; oggi la materia si fa ancora più complessa: in argomento, TODESCHINI, *La responsabilità medica*, Milano, 2023.

⁴⁷ Cfr. D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica*, cit., 112 ss.

L'art. 6, inoltre, al comma 1 ribadisce quanto sopra già esplicitato, ossia che il trattamento in questione debba essere raccomandato dal medico solo in *extrema ratio*, addirittura, dopo aver prospettato alla coppia la possibilità di ricorrere a procedure come l'adozione o l'affidamento, previsione questa che lascia non poche perplessità trattandosi di istituti del tutto diversi e con altre motivazioni alla base, ossia, *in primis*, quella di assicurare una famiglia al soggetto in stato di abbandono e non quello di garantire il diritto alla procreazione genitoriale.

Il consenso informato deve essere espresso per iscritto e congiuntamente al medico responsabile della struttura, con la possibilità di revoca dello stesso fino al momento della fecondazione.

Mancando, però, al legislatore le conoscenze scientifiche tali da permettere una valutazione rischi-benefici delle varie tecniche, il risultato è stato quello di delineare un vero e proprio «percorso diagnostico-terapeutico»⁴⁸, «legando le mani» al medico con stringenti vincoli normativi, prevedendo una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro nel caso in cui proceda senza aver ottenuto il consenso secondo le modalità previste dall'art. 6. In merito potrebbe prospettarsi una possibile violazione dell'art. 32 della Costituzione⁴⁹: spetta, infatti, alla persona il diritto ad essere curata efficacemente secondo i canoni della scienza e dell'arte medica e si ritiene non sia di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse e necessarie, essendo sancita, a causa del carattere preminentemente evolutivo e sperimentale della materia, l'autonomia e la responsabilità medica⁵⁰.

⁴⁸ V. PARDI, espressione utilizzata in un seminario svoltosi presso l'Università degli studi di Milano, 2004, citata in DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 90.

⁴⁹ Sul tema ANGIOLINI, nel seminario suddetto, citato in DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 90; MUSIO, in STANZIONE, SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Milano, 2004, 207 s.

⁵⁰ Cfr. Corte Cost., 26/06/2002, n. 282, in *Giur. Cost.*, 2002, 2012 ss. «La pratica terapeutica si pone, come già si è accennato, all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica, diritto questo che l'art. 32, secondo comma, secondo periodo, della Costituzione pone come limite invalicabile anche ai trattamenti sanitari che possono essere imposti per legge come obbligatori a tutela della salute pubblica. Questi diritti, e il confine fra i medesimi, devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l'osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione. Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificatamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle

Il tema è stato però soggetto a notevoli interventi della Corte costituzionale che hanno ampliato i margini di manovra entro cui i sanitari sono chiamati a operare⁵¹.

Una disciplina, quella sin d'ora delineata, incerta e restrittiva, che rischia dunque di comprimere tali diritti, costringendo spesso le coppie a ricorrere a soluzioni esterne al sistema sanitario nazionale, o addirittura a spostarsi all'estero per ottenere ciò che non è garantito in Italia.

4. La tutela sostanziale dell'embrione e il diritto penale: divieti e sanzioni.

La seguente trattazione si propone di analizzare i nodi cruciali della disciplina prevista dalla l. n. 40/2004, concentrandosi in particolare, in questo paragrafo, sulle disposizioni a tutela dell'embrione contenute nel capo VI e sui divieti e le sanzioni contenuti nel capo V. L'ordine espositivo è stato volutamente invertito rispetto alla sistemazione normativa, proprio per evidenziare quanto il capo V sia in sostanziale continuità con il disegno di tutela dell'embrione del capo successivo.

Il primario obiettivo perseguito dal legislatore sembrerebbe essere, alla luce di una sistematica e approfondita lettura del testo normativo, la tutela dell'embrione quale forma di vita umana fin dalle primissime fasi dello sviluppo e solo in subordine la cura della sterilità, a dispetto di quanto affermato dal dispositivo dell'art. 1. Ciò emerge dalla severità delle sanzioni penali previste per chi violi gli stringenti divieti imposti: una strategia normativa che riflette la volontà di restringere l'accesso e l'operatività delle tecniche di procreazione medicalmente assistita proprio in funzione della tutela dell'embrione⁵².

Il fondamento ideologico di approccio si rintraccia nella visione secondo cui la vita umana inizia dal momento della fecondazione⁵³. Tale visione, di matrice

acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione».

⁵¹ Si veda *infra*, cap. I, par. 4.1, 4.2, 4.3 e 5.

⁵² Sul tema MUSIO, in STANZIONE, SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*, cit., 206 «innumerevole serie di divieti, il più dei quali difficilmente spiegabili in punta di logica». CRISTIANO, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in *Rivista AIC*, 2018; TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., 112 ss.

⁵³ In argomento MAGISTER, *E venne un uomo chiamato Embrione*, in www.chiesa.espressoonline.it, 2002; GARINI, *Identità e statuto ontologico dell'embrione umano*, in *centrobioetica.luigimigone.it*, 2015.

cattolica, considera l'embrione sin dal concepimento come un essere umano a tutti gli effetti, portatore del diritto alla vita.⁵⁴ Tuttavia, questa impostazione non è pacificamente condivisa né sul piano scientifico né su quello giuridico. Basti pensare che già nel 1975 la Corte costituzionale aveva affermato la prevalenza dei diritti della madre – persona già nata, in vita e titolare di diritti riconosciuti – rispetto a quelli dell'embrione, considerato ancora “vita potenziale”⁵⁵.

Segno di tale divergenza di prospettive è presente, anche, nel *Parere sulle tecniche di procreazione assistita*⁵⁶, ad opera del Comitato Nazionale per la Bioetica, che ha evidenziato l'esistenza di due correnti interpretative contrapposte: da un lato, l'opinione che considera l'embrione umano quale vita umana sin dal concepimento, dall'altro, quella secondo cui l'embrione pre-impianto sarebbe soggetto a tutele diverse da quelle proprie della vita umana, in virtù della sua diversità ontologica rispetto a una persona già nata⁵⁷.

In questo senso, le premesse ideologiche assunte dal legislatore non rispecchiano l'intero spettro delle posizioni scientifiche e bioetiche, ma solo di una frazione di esso.

A fronte di una normativa così intrinsecamente protettiva dell'embrione, manca, paradossalmente, nel dispositivo una definizione dello stesso⁵⁸. Scelta lacunosa questa, che oltre a divergere dal panorama europeo, condanna disposizioni centrali della normativa a un altissimo grado di equivocità, intollerabile ancor più se si pensi che a presidio di molti divieti sono poste sanzioni di natura penale. Questa scelta legislativa – si sostiene – mina il rispetto del principio di legalità dei reati e delle pene, sancito dall'art. 25, co. 2, Cost., che impone precisione e chiarezza al legislatore⁵⁹.

⁵⁴ Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 41 ss.

⁵⁵ Cfr. Corte Cost., 18/02/1975, n. 27, in *Giur. Cost.*, 1975, 117 ss.

⁵⁶ Si veda in particolare *Sintesi e conclusioni*, 17 giugno 1994, in www.governo.it/bioetica.

⁵⁷ Per un approfondimento sul tema si veda DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 97 ss.

⁵⁸ Sul tema TIGANO, *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona*, in *Archivio Penale*, 2022, 3, 3 ss.

⁵⁹ Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 42.

Nel diritto penale trova applicazione, infatti, insieme ai principi di determinatezza⁶⁰, di tassatività⁶¹ e di irretroattività⁶², il principio di precisione. Quest'ultimo prevede che la legge debba essere scritta in modo chiaro, tassativo, analitico e inequivoco, a garanzia del cittadino che può così trovare risposta nelle leggi, in ogni momento, rispetto a ciò che gli è lecito o vietato. In mancanza di una definizione normativa dell'embrione, si rischia di affidare all'interprete un compito eccessivamente discrezionale, con possibili derive "creative" nell'interpretazione delle norme, in contrasto con le esigenze di certezza e prevedibilità proprie del diritto penale⁶³.

Il termine "embrione" è, d'altronde, soggetto a plurivocità nello stesso linguaggio biologico: esso può riferirsi a un ovocita attivato, a un ovocita penetrato dallo spermatozoo, alla fusione dei due genomi, alla comparsa di caratteri antropomorfici o, ancora, al momento dell'acquisizione dell'autonomia vitale⁶⁴. Dinanzi all'assenza di una definizione l'interprete può tentare di colmare la lacuna attraverso un'interpretazione sistematica che privilegi un'interpretazione restrittiva della nozione di embrione, volta a non ostacolare il successo delle tecniche di PMA, tenendo conto delle finalità enunciate dall'art. 1 della legge, ossia di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi⁶⁵.

Quanto al contenuto dei divieti e delle sanzioni, il testo normativo presenta una serie di prescrizioni rigorose che limitano in maniera stringente l'autonomia dei soggetti coinvolti – medici e coppie – nell'accesso e nell'utilizzo delle tecniche di PMA. Si tratta di divieti che, in linea con quanto avveniva in diversi ordinamenti europei all'epoca dell'emanazione della legge, pongono limiti non solo alle scelte

⁶⁰ Il legislatore deve formulare ipotesi di reato che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà. La legge penale deve descrivere comportamenti che possono essere concretamente provati all'interno di un processo.

⁶¹ È presente il divieto di analogia a sfavore del reo, *in malam partem*, che non si estende alle norme che escludono o attenuano la responsabilità. Allo stesso, infatti, si affianca un principio di analogia *in bonam partem*, fatta eccezione per le ipotesi già ricomprese nella norma in questione, per le lacune intenzionali e per le norme a carattere eccezionale.

⁶² Si prevede l'irretroattività delle norme penali più sfavorevoli all'agente: nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Ciò a garanzia della prevedibilità nell'adozione di libere scelte d'azione, per consentire un'adeguata difesa e per evitare abusi da parte del legislatore.

⁶³ In merito ai suddetti principi si veda MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 1ª ed., Milano, 2022, 79 ss. e 123 ss.

⁶⁴ V. FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, Bologna, 2011.

⁶⁵ Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 105.

riproduttive individuali, ma anche e soprattutto all'attività medica, configurando specifici reati punibili penalmente⁶⁶.

Tra i divieti più rilevanti, oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, si segnalano: il divieto di accesso alla PMA di tipo eterologo, il divieto di diagnosi preimpianto e quello di produrre più di tre embrioni per ogni ciclo di trattamento⁶⁷. Tali previsioni, per la loro centralità e le ricadute etiche, mediche e giuridiche che comportano e per gli interventi modificativi subiti, saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi successivi.

Peraltro, meritano di essere comunque qui approfonditi ulteriori divieti che contribuiscono a delineare il perimetro della tutela dell'embrione.

In primis sussiste il divieto di utilizzare per la PMA gameti di soggetti deceduti (art. 5): una disposizione che esclude qualsiasi forma di procreazione *post mortem*, ponendosi a tutela della dignità della vita e della genitorialità, oltre che dell'identità del nascituro. La cui violazione prevede una sanzione amministrativa da 200.000 a 400.000 euro *ex art.* 12, co. 2 e la sospensione dell'esercizio professionale dell'esercente la professione sanitaria da uno a tre anni *ex art.* 12, co. 9. Stessa sanzione è prevista per la violazione degli altri requisiti di accesso, quali la maggiore età, l'età fertile, il sesso diverso e che si tratti di coniugi o congiunti, stabiliti dall'articolo 5⁶⁸. Sul punto è attuale e aspro il dibattito in merito all'esclusione delle coppie omosessuali dall'accesso alla PMA, ma lo stesso non ha ancora trovato una risposta in senso contrario, né ad opera del legislatore, né della Consulta.

Segue il divieto di commercializzazione di gameti ed embrioni e di surrogazione di maternità (art. 12, co. 6): la legge punisce chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi attività che prevedano la compravendita di gameti o embrioni e la pratica di surrogazione di maternità. Tale previsione, ispirata al principio della indisponibilità del corpo umano e dei suoi elementi, è sanzionata

⁶⁶ Sul tema della responsabilità medica, NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, 1053 ss.; CANESTRARI, CAPUTO, CORBO, COSTANZO, DI SALVO, DODARO, DOVERE, MAGRO, MONTAGNI, PAVICH, PIRAS, VALLINI, in PICCIALLI (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico e sanitario*, Milano, 2021.

⁶⁷ V. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2004.

⁶⁸ V. *supra*, cap. I, par. 3.

con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, a testimonianza della severità con cui l'ordinamento intende reprimere qualsiasi forma di mercificazione della vita. Inoltre, anche in questo caso l'esercente la professione sanitaria è punito alla sospensione dell'esercizio della professione da uno a tre anni.

Quello considerato di maggiore “gravità” è il divieto di clonazione umana (art. 12, co. 7): in cui viene punita, con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, qualsiasi condotta che abbia come scopo la clonazione di un essere umano, sia essa a fini riproduttivi che terapeutici. Si tratta della sanzione più grave prevista dalla legge, a dimostrazione della particolare riprovazione etica e sociale attribuita a tali pratiche. In questo caso il medico è punito con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.

Meritano un cenno anche i divieti *ex art. 13*, che verranno in parte approfonditi successivamente. Si segnalano: il divieto di sperimentazione sugli embrioni (art. 13, co. 1), il divieto di produzione degli stessi a fini di ricerca o sperimentazione (art. 13 co. 3, lett. a), il divieto di interventi volti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete e di interventi tesi a predeterminare caratteri genetici dell'embrione (art. 13, co. 3, lett. b), il divieto di interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca (art. 13, co. 3, lett. c) e il divieto di produzione di ibridi o chimere (art. 13, co. 3, lett. d). Fattispecie, la prima punita con la reclusione da due a sei anni, la multa da 50.000 a 150.000 euro e la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria, pena che è aumentata per le altre fattispecie cui al comma 3.

In ultimo l'art. 14, oltre al divieto di creazione di embrioni in numero superiore a tre e di crioconservazione degli stessi, presente nel testo originario – che verrà successivamente approfondito anche in seguito all'intervento della Corte costituzionale – prevede il divieto di soppressione degli embrioni e quello di riduzione embrionaria di gravidanze plurime. Stabilendo in violazione dei presenti obblighi la pena della reclusione fino a tre anni, la multa da 50.000 a 150.000 euro

e la sospensione fino ad un anno dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.

Questi divieti, come visto, sono accompagnati da un apparato sanzionatorio rigoroso e severo, coerente con l'intento dichiarato del legislatore di proteggere l'embrione da qualsiasi manipolazione o strumentalizzazione, anche a costo di comprimere sensibilmente l'autonomia individuale e la libertà scientifica.

Va però sottolineato che i destinatari delle sanzioni in questione, in via esclusiva o principale, sono i medici o eventualmente i biologi che praticano il trattamento. La fattispecie non si applica ai pazienti, i quali potranno assumere semmai il ruolo di concorrenti negli illeciti. Al co. 8, art. 12, sono definite, invece, le fattispecie all'integrarsi delle quali è totalmente esclusa la responsabilità della coppia che accede alle tecniche e le stesse consistono nella violazione dei divieti cui ai commi 1, 2, 4 e 5 dell'art. 12.

La scelta legislativa di prevedere sanzioni così elevate e accompagnate da misure interdittive di carattere professionale si fonda su una logica marcatamente punitiva, finalizzata a disincentivare qualsiasi violazione delle regole stabilite dalla legge, ma appare irragionevole se confrontata con il principio di proporzionalità. La natura fortemente afflittiva delle sanzioni, infatti, va ben oltre quanto normalmente previsto nel diritto amministrativo, finendo per introdurre un regime punitivo di fatto assimilabile al diritto penale⁶⁹. Questa commistione tra sanzioni amministrative e misure sostanzialmente penali è indice di un'impostazione normativa che tende a criminalizzare condotte che non producono alcuna lesione effettiva di beni giuridici costituzionalmente tutelati. L'adozione di un sistema sanzionatorio così rigido risulta ancora più problematica se si considera che il controllo e l'applicazione delle sanzioni sono affidati a procedure di tipo amministrativo, con verifiche e ispezioni condotte dall'Istituto Superiore di Sanità in collaborazione con gli osservatori epidemiologici regionali. Tale scelta organizzativa risponde alla volontà di evitare l'applicazione delle garanzie proprie del diritto penale, riducendo le tutele procedurali e sostanziali per i soggetti sanzionati. Si predispone, così, una tutela amministrativa che il legislatore

⁶⁹ Sul tema si veda approfonditamente CANESTRARI, *Procreazione assistita*, cit., 418.

considera più efficace proprio per la possibilità di comprimere diritti fondamentali attraverso un impoverimento delle garanzie formali⁷⁰.

L'utilizzo di sanzioni amministrative e penali così drastiche per reprimere condotte che, in molti casi, non provocano alcun danno concreto, né alle persone coinvolte né all'ordinamento nel suo complesso, risulta in evidente disarmonia con il sistema delle garanzie costituzionali e con la logica stessa del diritto punitivo.

4.1. Divieto di diagnosi preimpianto.

Alla domanda: «la l. n. 40/2004 vieta la diagnosi preimpianto?» l'evoluzione della disciplina, in seguito all'intervento della Corte costituzionale, permette oggi di dare risposta differente rispetto a quella valida al momento dell'entrata in vigore della legge.

In gioco vi è la possibilità, attraverso la diagnosi preimpianto dell'embrione in vitro (DGP), di conoscere in anticipo la presenza di alcune gravi malattie nell'embrione e quindi di rifiutarne il trasferimento oppure di accettarlo in modo consapevole rispetto alla situazione patologica.

Prima dell'entrata in vigore della normativa, l'accesso alla PMA e la DGP erano praticate dalle coppie ad alto rischio genetico a fini preventivi, ma l'intervento del legislatore ha precluso questa possibilità consentendo solo la diagnosi prenatale in corso di gravidanza e l'aborto terapeutico in caso di anomalia del feto⁷¹. Ciò, come ha sottolineato la Consulta nel 2015, costituiva una palese antinomia normativa, consentendo la più traumatica modalità della interruzione volontaria di gravidanza e impedendo la meno lesiva diagnosi preimpianto. La previsione normativa determinava che non fosse possibile far acquisire prima, alla donna, un'informazione che le avrebbe evitato di assumere, dopo, una decisione più pregiudizievole per la sua salute. Si sarebbe determinata in proposito un'inaccettabile tutela “a sbalzi” del concepito, consentendone una difesa massima immediatamente prima dell'impianto la quale, però, sarebbe crollata miseramente

⁷⁰ V. CANESTRARI, *ivi*, 418.

⁷¹ V. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *I diritti dei detenuti*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2.

appena un attimo dopo, consentendo l'aborto, per poi, nuovamente, impennarsi dal terzo mese di gravidanza in avanti⁷².

Inoltre, questa scelta normativa finiva anche per incidere sul diritto all'autonomia e responsabilità del medico di operare le scelte professionali ottimali allo stato delle conoscenze scientifiche⁷³.

Il testo originario non prevedeva un espresso divieto alla diagnosi preimpianto, ma lo stesso era desumibile *a contrario* da determinate disposizioni della legge. Innanzitutto, all'art. 4, co. 1 la legge ammettendo l'accesso alle sole coppie sterili e inferili, escludeva quelle fertili pur se presentassero un rischio qualificato di trasmissione di malattie genetiche gravi.

Stabiliva, inoltre, all'art. 13 il divieto generale di sperimentazione sull'embrione e quello di selezione a scopo eugenetico, consentendo solo al co. 2 la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione se a fini di tutela e di sviluppo dello stesso.

A completare il quadro, le *Linee guida concernenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, d.m. del 2004, riconoscevano che il diritto della coppia di essere informati sullo stato di salute degli embrioni fosse solo di tipo osservazionale, vietando quindi, implicitamente, quello di tipo diagnostico⁷⁴.

Dinanzi a questo quadro composito la giurisprudenza si adeguava alla lettura prevalente, considerando vietata la pratica; solo gradualmente si aprivano le porte ad una soluzione alternativa, culminata nella sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015.

La svolta giurisprudenziale ha preso avvio con la nota sentenza n. 3336 del 2007 del Tribunale di Cagliari⁷⁵, che ha rappresentato il primo significativo punto di rottura con l'orientamento precedente. Lo stesso, dopo aver rimesso nel 2005 la questione di legittimità alla Corte costituzionale, ricevendo all'epoca un'ordinanza

⁷² Si veda CECCANTI, *Procreazione assistita: ci sono tre problemi di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2004; AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. N. 151/2009)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009.

⁷³ Cfr. Corte Cost., 05/06/2015, n. 96, *Considerando in diritto*, in *cortecostituzionale.it*.

⁷⁴ Si veda DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 35 ss.

⁷⁵ V. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello stato*, cit., 2013.

di manifesta inammissibilità, ha accolto la nuova richiesta di accesso alla diagnosi preimpianto proposta dagli stessi aspiranti genitori, ritenendo di dover procedere a un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, essendo prevalente il diritto alla salute cui all'art. 32 della Costituzione rispetto al divieto che potrebbe ricavarsi dal testo della legge ordinaria⁷⁶. Nello stesso anno il Tribunale di Firenze ha proceduto nella medesima direzione consentendo con ordinanza l'accesso alla DGP ad una coppia infertile portatrice di una grave malattia genetica con possibilità di trasmissibilità al nascituro del 50%⁷⁷, ritenendo che addirittura la legge non prevedesse un divieto di diagnosi preimpianto ma al contrario sottintendesse l'opportunità di svolgerlo. In ultimo, in questa serie di fondamentali interventi giurisprudenziali, nel 2008, il Tar del Lazio⁷⁸ ha dichiarato illegittime le *Linee Guida* della l. n. 40/2004 che prevedevano un'indagine solo di tipo osservazionale sull'embrione in vitro e ha sollevato, a proposito dell'art. 14 coo.1 e 2 questione di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 3 e 32 Cost. In merito, come si dirà più ampiamente nel prosieguo della trattazione, con la sentenza n. 151 del 2009⁷⁹, la Corte costituzionale è intervenuta dichiarando parzialmente illegittimo l'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente al divieto di produzione di un numero superiore a tre embrioni e dichiarando incostituzionale anche il comma 3 dello stesso articolo nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

⁷⁶ Cfr. Trib. Cagliari, 22/09/2007, n. 3336, in *Corr. Mer.*, 2008. Nella vicenda decisa con la presente sentenza il Tribunale di Cagliari, con una decisione del giudice Maria Grazia Cabitza, ha accolto il ricorso di una coppia sarda portatrice di beta-talassemia, autorizzando l'esecuzione della diagnosi genetica preimpianto (DGP) su un embrione ottenuto tramite fecondazione assistita. In passato la donna, dopo essere stata sottoposta a PMA, aveva interrotto una gravidanza alla undicesima settimana a causa della scoperta della malattia genetica nel feto. Di fronte al rifiuto dei sanitari di procedere alla DGP su un nuovo embrione, la coppia ha fatto ricorso al giudice, che ha ordinato all'ospedale Microcitemico di Cagliari di effettuare la diagnosi. Stabilendo che solo in caso di esito favorevole si sarebbe potuto procedere con l'impianto. «Al fine di assicurare il diritto della coppia sterile e portatrice di malattie genetiche trasmissibili di avere conoscenza dello stato di salute dell'embrione ottenuto mediante procreazione medicalmente assistita e destinato a essere impiantato nel grembo della donna, la coppia ha il diritto di ottenere che il personale sanitario proceda all'indagine preimpianto anche con tecniche invasive e comunque secondo metodologie che, in base alla scienza medica, offrano il maggior grado di attendibilità della diagnosi e il minor margine di rischio per la salute e le potenzialità di sviluppo dell'embrione».

⁷⁷ Cfr. Trib. Firenze, ord.17/12/2007, in <https://www.unionedirittumani.it/wp-content/uploads/2012/07/Tribunale-di-Firenze-sentenza-17.12.2007-fecondazine-assistita.pdf>.

⁷⁸ Cfr. Tar Lazio, 21/01/2008, n. 398, in *federalismi.it*, 3.

⁷⁹ Cfr. Corte Cost., 08/05/2009, n. 151, in *cortecosituzionale.it*.

Plurime successive pronunce sono culminate, in ultimo, nella sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale, che ha definitivamente sedato il dibattito in merito all'accessibilità alla DGP, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4 comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, permettendo così alle stesse di effettuare una diagnosi preimpianto⁸⁰. Sentenza di fondamentale rilevanza non solo per il motivo appena esposto, ma anche perchè ha fondato tale giudizio di illegittimità sulla sola violazione del diritto alla salute della donna, *ex* articolo 32 della Costituzione e non su quello del figlio sano. In tal modo, la Corte ha chiarito che il nostro ordinamento non riconosce né legislativamente, né giurisprudenzialmente, né costituzionalmente un diritto al figlio sano come diritto inviolabile, ribadendo che la tutela del concepito, pur costituzionalmente fondata, può entrare in conflitto con altri diritti costituzionalmente garantiti, tra cui, in particolare, la salute della madre. Il bilanciamento tra tali diritti, come affermato sin dalla sentenza n. 27 del 1975, deve avvenire a favore della persona già nata, riconoscendo prevalenza alla sua salute, anche rispetto alla salvaguardia dell'embrione.

La Corte è dovuta entrare nel merito della questione non potendo svolgere un'esegesi correttiva in senso estensivo delle disposizioni censurate a causa della lettera del testo normativo.

I casi che hanno originato la questione di legittimità costituzionale riguardavano due procedimenti cautelari *ante causam* promossi da altrettante coppie di coniugi, in cui il Tribunale ordinario di Roma si era trovato ad affrontare la questione dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita con diagnosi preimpianto da parte di soggetti non sterili, ma portatori di malattie genetiche trasmissibili. In entrambi i casi, le coppie ricorrenti avevano già vissuto precedenti gravidanze interrotte per gravi patologie genetiche diagnosticate nel feto e intendevano evitare il ripetersi di tale esito mediante il ricorso alla PMA.

Il Tribunale, preso atto dell'ostacolo normativo rappresentato dagli artt. 1 e 4 della legge n. 40 del 2004 ed esclusa la possibilità di un'interpretazione

⁸⁰ In argomento si veda approfonditamente TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., 145 ss.

costituzionalmente orientata o di una disapplicazione della norma per contrasto con la CEDU, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale. Secondo il giudice rimettente, la normativa vigente avrebbe violato numerosi diritti fondamentali: il diritto della coppia a un figlio sano, il diritto all'autodeterminazione nelle scelte procreative, il diritto alla salute (in particolare della donna, esposta al rischio di dover ricorrere nuovamente all'aborto terapeutico), nonché il principio di ragionevolezza, alla luce della combinazione tra la legge n. 40/2004 e la legge n. 194/1978. Inoltre, la normativa impugnata si sarebbe posta in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU, e dunque anche con l'art. 117, primo comma, della Costituzione.

La Consulta ha proceduto considerando irragionevole il bilanciamento svoltosi tra la tutela dell'embrione e quella del diritto alla salute della madre, totalmente sbilanciata a favore del primo, senza, tra l'altro, che la donna potesse trovare un positivo contrappeso nell'esigenza di tutela del nascituro, comunque esposto all'aborto. Con l'esito paradossale di vietare la pratica che tra le due impattava sulla vita del concepito in uno stadio di sviluppo minore e in modo più attenuato. «La Corte giudica l'illegittimità costituzionale della legge sotto questo profilo (artt. 3 e 32 Cost.) - cattivo bilanciamento degli interessi, per eccessiva lesione del diritto alla salute della donna e non funzionalità del divieto rispetto allo scopo – talmente forte ed evidente, da ritenerla «assorbente di ogni altra censura»⁸¹.

Tant'è che la Corte non ha affrontato il profilo, anch'esso sollevato dal *giudice a quo*, relativo all'irragionevolezza soggettiva della legge, restando quest'ultimo assorbito dal precedente. Infatti, consentendo l'accesso sia alle coppie sterili o infertili, che a quelle fertili in cui l'uomo fosse affetto da malattie virali sessualmente trasmissibile, la disciplina generava disparità di trattamento irragionevole tra coppie fertili e infertili e tra fertili portatori di patologie genetiche e fertili portatori di malattie virali sessualmente trasmissibili. Tuttavia, poiché ogni valutazione sull'irragionevolezza soggettiva comporta un giudizio opinabile su cosa sia “ragionevolmente uguale” o “diverso”, la Corte ha scelto di non affrontare la questione, ritenendola comunque non necessaria ai fini della decisione.

⁸¹ V. TRIPODINA, *Le parole non dette*, cit., 2.

La Corte, in questa pronuncia, si è fatta apprezzare «per essere stata [...] nulla più e nulla meno che interprete e custode della Costituzione, non creatrice di nuovo diritto per appagare l'inesauribile "sete di diritti" che muove la società; rispettosa del fragile ma imprescindibile equilibrio tra legittimità costituzionale e discrezionalità politica del legislatore»⁸².

4.2. Divieto di produzione di più di tre gameti.

Fortemente connesso al divieto – non più da considerarsi tale – appena esposto, è il divieto di produrre per ogni ciclo di PMA un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario e comunque non superiore a tre.

Tale divieto era disposto dall'art. 14, co. 2, l. n. 40 del 2004, il quale prevedeva anche l'obbligo d'impianto simultaneo di tutti gli embrioni prodotti, fatta salva l'ipotesi in cui vi si opponesse una causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna imprevedibile al momento della fecondazione. Allo stesso, il medesimo articolo, al comma 1, affiancava il divieto di crioconservazione, consentita solo se il trasferimento degli embrioni nell'utero fosse impraticabile a causa delle condizioni di salute della donna, fino al momento del "sicuro" trasferimento, e il divieto di soppressione di embrioni.

Questa previsione portava con sé una serie di discutibili corollari: potendosi, infatti, inseminare solo tre ovociti con conseguente produzione di un numero nel massimo pari a tre ovotidi, le donne con un'età maggiore di 40 anni vedevano ridursi di moltissimo, quasi azzerarsi, le possibilità di successo del trattamento; mentre le donne giovani vivevano il rischio di gravidanze plurime, a causa dell'obbligo di contemporaneità del trasferimento degli embrioni prodotti. Inoltre, secondo e ancor più rilevante problema sollevato dalla normativa previgente era quello che, in caso d'insuccesso del primo ciclo, la paziente fosse costretta a sottoporsi nuovamente a trattamenti di stimolazione ormonale per ottenere nuovi embrioni, con il conseguente rischio di iperstimolazione ovarica e gravi ripercussioni sulla propria salute. Non era più possibile scongelare e trasferire embrioni già prodotti nel ciclo precedente ma non andato a buon fine, come invece avveniva prima dell'entrata in vigore della l. n. 40/2004.

⁸² Così TRIPODINA, *Le parole non dette*, cit., 2.

Tale disciplina, come più volte sottolineato nell'esposizione svoltasi fin d'ora, dimostra l'elevata tutela posta a favore dell'embrione a discapito di quella della donna, la quale addirittura, oltre a vedere fortemente ridotto il suo diritto alla procreazione, doveva sottoporsi a più procedure ormonali i cui effetti erano di rilevante entità sulla stessa⁸³. Ciò si poneva in evidente antinomia con il fine stesso della normativa, ossia favorire soluzioni alla sterilità e all'infertilità tramite la PMA e in contrasto rispetto al diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost.⁸⁴

Tali considerazioni sono state fatte proprie dal Tar Lazio che nel 2008⁸⁵, come sopradetto in merito al divieto di DGP, oltre ad annullare le Linee Guida del 2004, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 commi 2 e 3 della l. n. 40/2004, rispetto agli artt. 3 e 32 della Costituzione. Il TAR ha rilevato come l'obbligo di contemporaneo impianto degli embrioni prodotti comportasse un'irragionevole esposizione della donna ai rischi derivanti dalla reiterazione dei trattamenti ormonali, compromettendo così il principio di minore invasività sancito dall'art. 4, co. 2, lett. a), della stessa legge.

Inoltre, a ribadire la non manifesta infondatezza della questione, il Tar del Lazio, essendo la PMA un trattamento sanitario e in quanto tale una «pratica terapeutica tesa a sopperire alterazioni dell'organismo», ha sottolineato che sarebbe spettata al medico curante la possibilità di svolgere un'autonoma valutazione

⁸³ V. DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 44 ss.

⁸⁴ V. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita*: cit., 1 s.

⁸⁵ Cfr. Tar Lazio, 21/01/2008, n. 398, cit.

Con ricorso tempestivamente notificato e depositato, la *World Association Reproductive Medicine* (WARM) ha impugnato il decreto ministeriale contenente le linee guida sulla PMA, deducendo violazioni di legge ed eccesso di potere per omessa motivazione, nomina illegittima di una commissione non prevista dalla legge, mancata definizione giuridica del termine "embrione" e indebita equiparazione dei concetti di infertilità e sterilità. La ricorrente ha contestato l'obbligo di certificazione dell'infertilità esclusivamente presso i Centri di PMA e l'omessa chiarezza sul consenso informato riguardo ai costi del trattamento. Ha inoltre censurato l'imposizione di un limite massimo di tre embrioni, denunciando la violazione dell'articolo 32 della Costituzione e prospettando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 14 della legge n. 40 del 2004. Ulteriori censure hanno riguardato l'omessa indicazione delle modalità operative per la crioconservazione e la donazione degli embrioni, nonché la violazione della normativa sulla protezione dei dati personali. L'Amministrazione resistente ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancanza di lesività immediata e ne ha chiesto il rigetto. Con sentenza n. 3452 del 7 aprile e 5 maggio 2005, la sezione III ter del Tribunale Amministrativo Regionale ha respinto il ricorso; tuttavia, in sede di appello, il Consiglio di Stato, con sentenza del 19 dicembre 2006, ha accolto l'eccezione di inammissibilità per tardività sollevata dalla ricorrente in merito all'intervento *ad opponendum*, con conseguente restituzione degli atti al giudice di primo grado. In prossimità dell'udienza di discussione, le parti costituite hanno presentato memorie illustrative delle rispettive tesi difensive, sollevando altresì ulteriori eccezioni in rito, e all'udienza del 31 ottobre 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

considerando le condizioni di salute della donna, la sua età e così altri fattori che avrebbero potuto incidere sulla produzione di “embrioni forti” che le consentissero di realizzare il risultato della procreazione.

Il TAR, in ultimo, ha ritenuto che dinanzi a questa esasperata tutela dell’embrione, il legislatore ha, d’altro canto, comunque accettato la possibilità che alcuni embrioni possano perdersi, sia consentendo l’inseminazione di tre ovociti e la produzione e il trasferimento di tre embrioni e non di uno solo, sia prevedendo la possibilità di ripetere il trattamento. Previsione più che ragionevole trattandosi di pratiche volte a favorire la possibilità di gravidanza nella gestante.

Pertanto, è in proposito necessario riportare il quesito posto dal Tribunale alla Corte costituzionale⁸⁶: ha senso che si assicurino «concrete possibilità di gravidanza alle persone di medie condizioni fisiche» mentre non si fornisce «la medesima possibilità [...] nei confronti delle donne non giovani o di quelle che non riescono a produrre contestualmente tre embrioni di buona qualità»?

La Corte costituzionale, con la fondamentale sentenza n. 151 del 2009⁸⁷, ha, in certo modo dato risposta a questo interrogativo, dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’articolo 14, commi 2 e 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui imponevano il limite massimo di tre embrioni e il loro contestuale impianto, nonché nella parte in cui vietavano la crioconservazione degli embrioni non impiantati senza alcuna considerazione per le specifiche condizioni cliniche della donna.

Tale pronuncia assume un rilievo storico poiché ribadisce il primato della scienza e della tecnica sul diritto nella disciplina della procreazione medicalmente assistita, riconoscendo al medico la facoltà di determinare, caso per caso, il numero di embrioni da impiantare sulla base delle più aggiornate conoscenze scientifiche e delle specifiche condizioni della paziente. La decisione della Corte ha evidenziato come la rigidità normativa imposta dalla legge n. 40 del 2004 fosse incompatibile con l’autonomia e la responsabilità professionale del medico, principi fondamentali

⁸⁶ Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 47.

⁸⁷ Cfr. Corte Cost., 08/05/2009, n. 151, cit.

in ambito sanitario, e con l'evoluzione scientifica continua su cui si basa l'arte medica⁸⁸.

Nella pronuncia, la Corte ha ritenuto che il legislatore non possa ignorare l'esigenza di adeguare la normativa agli sviluppi scientifici e sperimentali, poiché la pratica terapeutica deve garantire il miglior trattamento possibile per la salute della donna, anche in termini di minore invasività e maggiori probabilità di successo. Viene quindi affermato il ruolo centrale della ricerca scientifica, che, in quanto espressione di una cultura della vita e della salute, deve essere considerata un supporto essenziale nella definizione delle disposizioni legislative in materia.

La sentenza della Corte, pur garantendo il primato della scienza sul diritto, riafferma la necessità di rispettare i diritti costituzionali, inclusi quelli alla vita, alla salute e alla procreazione, i quali devono essere tutelati e bilanciati attraverso l'uso responsabile delle tecniche di fecondazione assistita. Viene quindi riconosciuta la necessità di una revisione della legge n. 40 del 2004 alla luce della giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione scientifica, con l'obiettivo di garantire un'efficace tutela dei diritti delle coppie con ridotte possibilità riproduttive e di promuovere un uso responsabile e trasparente delle tecnologie mediche disponibili.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009 restava però irrisolto un ulteriore problema: quello relativo all'art. 6, comma 3, della legge n. 40 del 2004, che stabilisce l'irretrattabilità del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo⁸⁹. Tale disposizione, infatti, vieta ai componenti della coppia di revocare il consenso dopo che l'ovulo è stato fecondato, imponendo l'obbligo di proseguire con l'impianto degli embrioni, salvo gravi motivi sanitari. Questa previsione appare in aperto contrasto con i principi enunciati dalla stessa Corte nella sentenza del 2009, in cui è stata riaffermata l'autonomia e la responsabilità del medico nel garantire un trattamento adeguato e rispettoso della salute della donna. L'irrevocabilità del consenso, infatti, impedisce qualsiasi modifica al percorso terapeutico anche in presenza di sopravvenienze che rendano il proseguimento del trattamento potenzialmente dannoso o comunque inadeguato. La rigidità della

⁸⁸ V. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009.

⁸⁹ Cfr. AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale*, cit.

previsione si scontra con il principio per cui la pratica terapeutica deve fondarsi sulle più aggiornate conoscenze scientifiche e sulla possibilità, per il medico, di adattare il trattamento alle specifiche condizioni della paziente. Questo tema è stato soggetto a diversi interventi della Corte costituzionale che verranno esposti successivamente e che, peraltro, lasciano ancora irrisolta la questione⁹⁰.

4.3. Divieto di donazione di gameti.

Il legislatore del 2004 si poneva in una posizione di totale chiusura rispetto alla donazione di gameti, vietando espressamente all'art. 4, co. 3, la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, cosicché i gameti utilizzabili potessero essere solo quelli appartenenti alla coppia stessa. Questa previsione era del tutto controcorrente rispetto agli altri Paesi europei, i quali per la maggior parte consentivano, già all'epoca, sia la donazione di sperma che di ovociti, e soprattutto si distanziava dagli Stati che permettevano l'accesso alla PMA anche alle donne single⁹¹.

La legge n. 40/2004 oltre allo stringente divieto, prevedeva per la sua violazione un regime sanzionatorio particolarmente severo e afflittivo. In base all'art. 12, comma 1, chiunque praticasse tecniche di PMA eterologa sarebbe stato punito con una sanzione amministrativa pecuniaria estremamente elevata, compresa tra i 300.000 e i 600.000 euro, nonché con la sospensione dall'esercizio professionale per un periodo da uno a tre anni per l'esercente la professione sanitaria. Inoltre, la normativa prevedeva la sospensione per un anno dell'autorizzazione a eseguire interventi di PMA per le strutture nelle quali fosse stata eseguita la pratica considerata illecita, e, in caso di recidiva, contemplava la possibilità di revoca definitiva dell'autorizzazione stessa.

La norma diede vita ad aspre critiche dottrinali⁹², le quali ritenevano l'intervento del legislatore chiaramente orientato a evitare la separazione tra

⁹⁰ V. *infra*, cap. I, par. 5.

⁹¹ Per approfondire si veda DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 52.

⁹² Cfr. DOLCINI, *Il punto sulla procreazione medicalmente assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, in *Corr. Mer.*, 2013, 1, 5 ss.; MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il c.d. "paternalismo penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1637 ss.; SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2016, 10, 1360 ss.; VALLINI,

filiazione biologica e filiazione sociale, ritenuta potenzialmente lesiva dei diritti della famiglia e pericolosa per lo sviluppo psicologico del minore.

Si è scritto, ad esempio, che questa visione rifletteva ancora una volta giudizi di valore della morale cattolica⁹³. L'eventuale offesa alla fedeltà coniugale da parte delle metodiche eterologhe sarebbe, infatti, irrilevante in quanto la dichiarazione di illegittimità costituzionale dei delitti di adultero e di concubinato dimostrava che tale bene giuridico non è compatibile con la Costituzione.

Inoltre, l'idea di fondo alla base del divieto era che il ricorso a materiale genetico estraneo alla coppia potesse compromettere il concetto tradizionale di genitorialità e causare un disorientamento psicologico nel nascituro, minando l'unità familiare e i valori morali ad essa collegati⁹⁴. Tuttavia, tale impostazione si scontrava con l'orientamento prevalente delle scienze psicopedagogiche, che riconoscevano e riconoscono ancora oggi, come fattori determinanti per uno sviluppo equilibrato della personalità del bambino la presenza di una figura genitoriale affettuosa e stabile, piuttosto che il mero legame genetico con i genitori⁹⁵.

Inoltre, si è sottolineato che le tecniche di PMA eterologa non offendevano alcun bene giuridico costituzionalmente tutelato, poiché non comportavano necessariamente la perdita di embrioni né implicavano rischi tali da giustificare un divieto assoluto. La previsione del divieto di fecondazione eterologa è stata qualificata da parte della dottrina⁹⁶ come espressione di un paternalismo penale incompatibile con i principi di un diritto penale moderno e laico. In particolare, è stato osservato che il legislatore ha inteso imporre una specifica concezione etico-religiosa, orientata alla tutela di una presunta naturalità del processo procreativo e di un modello tradizionale di famiglia, senza che tale imposizione trovasse un

Procreazione medicalmente assistita (diritto penale), in *Enc. dir. – Annali IX*, Milano, 2016, 716 ss.

⁹³ Si veda DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 54 s.

⁹⁴ Sul punto si vedano le riflessioni di BRUNO, CALZOLARETTI, FONDI, OLIVA, SCANU, *Nuove genitorialità: la gestazione per altri. Temi e problemi*, in *Richard e Piggie*, vol. n. XXIV, 2016, 3, 258 ss.

⁹⁵ Sul tema SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è una questione di natura*, Milano, 2012, 68 s.

⁹⁶ In argomento MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo*, cit., 1642 ss.;

adeguato fondamento costituzionale. Il paternalismo penale⁹⁷ si manifesta nel tentativo di proteggere la collettività o l'individuo da scelte considerate dannose o immorali, anche quando tali scelte non arrechino alcun pregiudizio a terzi. Tale impostazione è stata ritenuta non conforme ai principi costituzionali di libertà personale e di autodeterminazione, i quali escludono l'intervento penale in assenza di un'offesa concreta e dimostrabile a beni giuridici rilevanti⁹⁸. I paventati pericoli di selezione genetica, così come i presunti rischi etico-sociali e psicologici per il nascituro, avrebbero potuto essere adeguatamente affrontati attraverso una regolamentazione specifica. Tale disciplina avrebbe dovuto prevedere criteri chiari riguardanti la figura del donatore, l'utilizzazione dei gameti e l'accesso ai dati sanitari e anagrafici del donatore.

L'impostazione adottata dalla legge n. 40 del 2004 sembrava invece rispondere a una volontà di reprimere quello che veniva percepito come un eccesso di artificialità nel processo riproduttivo, attraverso un divieto assoluto fondato su una concezione ideologica della naturalità della procreazione⁹⁹. Tale orientamento si traduceva in un regime normativo rigido, privo di un effettivo fondamento scientifico e giuridico, e orientato piuttosto a preservare un modello tradizionale di procreazione che non trovava giustificazione in un ordinamento laico e pluralista¹⁰⁰.

Sul tema è intervenuta la Corte costituzionale con la storica sentenza n. 162 del 2014¹⁰¹, dichiarando costituzionalmente illegittimo il divieto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4, co. 3, l. n. 40/2004 e aprendo la strada alla fecondazione eterologa con gamete di donatore esterno alla coppia nel caso in cui sia diagnosticata una patologia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

Il Tribunale di Milano aveva sollevato questione di legittimità costituzionale¹⁰² dopo il reclamo allo stesso proposto da due coniugi, i quali chiedevano che ordinasse in via di urgenza al medico chirurgo a cui si erano rivolti, di eseguire la PMA eterologa a loro favore a causa dell'assoluta infertilità di cui era

⁹⁷ Cfr. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Archivio Penale*, 2017, 3.

⁹⁸ Si veda MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo*, cit., 1640 ss.

⁹⁹ Cfr. DOLCINI, *Il punto sulla procreazione medicalmente assistita*, cit., 1, 9.

¹⁰⁰ Così CANESTRARI, *Procreazione assistita*, cit., in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 4, 417 s.

¹⁰¹ Cfr. Corte Cost., 10/06/2014, n. 162, in *cortecostituizionale.it*.

¹⁰² V. Trib Milano, ord. 02/02/2011, in *Gazzetta Ufficiale*.

affetto il coniuge maschio. La Corte aveva, però, ordinato la restituzione degli atti al Tribunale ritenendo che lo stesso dovesse riesaminare la questione alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della CEDU del 3 novembre 2011 (S.H. e altri contro Australia). In questa sentenza la Corte EDU aveva respinto il ricorso – proposto da due coppie di coniugi austriaci contro l’Austria in quanto la legge dello Stato vietava la PMA eterologa e secondo la coppia ciò si poneva in contrasto con l’art. 8 CEDU, secondo cui della vita familiare non può ingerirsi nessuna pubblica autorità – ritenendo immediatamente applicabile alla situazione l’art. 8 CEDU. Ciò era previsto solo nel caso di specie, senza ricadute sulla legge austriaca né sui casi futuri, in quanto la Corte riteneva di non poter sindacare sulle scelte del legislatore nazionale in questione potendo solo riconoscere i diritti reclamati.¹⁰³

La Consulta restituiva gli atti al Tribunale di Milano¹⁰⁴ invitandolo a respingere il ricorso affinché la coppia si rivolgesse, così come avevano fatto le coppie austriache per questione analoga, alla Corte Europea. Il giudice di primo grado però riproponeva questione di legittimità alla Corte costituzionale¹⁰⁵ chiedendo la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 4 co. 3 per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 31, 32 e 117 della Costituzione¹⁰⁶.

La Corte, in seguito a ulteriori simili questioni¹⁰⁷ poste dal Tribunale di Firenze¹⁰⁸ e dal Tribunale di Catania¹⁰⁹, si è addentrata nel merito della questione e, valutando irragionevoli le scelte del legislatore sul tema, ha ritenuto di poter intervenire essa stessa, affermando quindi di poter estendere il proprio vaglio non solo in merito alla costituzionalità o meno della norma ad essa sottoposta, ma anche

¹⁰³ Si veda DOLCINI, *Il punto sulla procreazione medicalmente assistita: in particolare*, cit., 8.

¹⁰⁴ Cfr. Corte cost, ord. 14/06 /2012, n. 151, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁰⁵ Cfr. Trib. Milano, ord. 08/04/2013, in *Gazzetta Ufficiale*.

¹⁰⁶ Più ampiamente il Tribunale di Milano ritiene che l’art. 4, co. 2, l. n. 40/2004 violi: l’art. 2 sé impedirebbe la formazione di una famiglia dallo sesso garantita; l’art. 3, poiché alcune famiglie meno abbienti non hanno la possibilità di recarsi all’estero per lo svolgimento della pratica vietata in Italia, in violazione del principio di uguaglianza; l’art. 29 perché in esso di prevede un concetto di famiglia non in contrasto con i diritti dei singoli; l’art. 31 in quanto violerebbe il diritto della coppia ad avere figli; l’art. 32 poiché rischia di non tutelare l’integrità fisica e psichica di uno dei componenti della coppia; l’art 117, quale parametro interposto per la violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU (Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848).

¹⁰⁷ Si veda FLAMIGNI, BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, Roma, 2012, 36 ss.

¹⁰⁸ V. Trib. Firenze, ord. 29/03/2013, in *Gazzetta Ufficiale*.

¹⁰⁹ Cfr. Trib. Catania, ord 13/04/2013, in *Gazzetta Ufficiale*.

alla sua ragionevolezza. L'attributo dell'irragionevolezza assegnato dalla Consulta alla previsione normativa è stato dalla stessa ampiamente motivato, in primo luogo, dalla possibilità di accedere alla PMA eterologa che era prevista prima dell'entrata in vigore della legge – pur se con alcuni limiti quali: il divieto di effettuarla in strutture pubbliche; l'obbligo di un registro donatori; il divieto di commercializzazione dei semi donatori. In secondo luogo, l'imposizione normativa non derivava da alcuna previsione europea e in ultimo, risultava costituzionalmente illegittima (in violazione degli artt. 2, 3 e 31 Cost.) in quanto non consentiva alle coppie completamente sterili di avere figli¹¹⁰.

Inoltre, il Giudice costituzionale ha riconosciuto la lesione del diritto alla salute del soggetto completamente sterile e ha esplicitato la nozione di famiglia che non è da intendersi necessariamente correlata alla presenza di figli, ma che neanche è slegata dagli stessi. Può esser parte del libero progetto di formazione della famiglia il progetto della filiazione e il suo assoluto divieto risulta del tutto contrario ai valori costituzionalmente tutelati. Inoltre, ha risolto, così, uno dei principali problemi legali al divieto di PMA eterologa in Italia che comportava la violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* Era, infatti, possibile per le famiglie abbienti accedere alla tecnica in questione recandosi all'estero nei Paesi in cui era legalmente disciplinata, a dispetto di quelle coppie che non potevano permettersi lo stesso. Differenza di natura economica che incideva su diritti fondamentali quali quello alla salute e alla procreazione¹¹¹.

La sentenza della Corte costituzionale, per quanto di fondamentale importanza e nonostante la risoluzione di nodi cruciali della disciplina, è stata criticata per molteplici aspetti¹¹². Innanzitutto, non avrebbe considerato adeguatamente i diritti del concepito tutelati dalla legge n. 40, riducendo il loro interesse al solo diritto a conoscere le origini biologiche e ignorando altre questioni etiche rilevanti. Inoltre, non avrebbe affrontato il tema dell'interesse degli embrioni

¹¹⁰ In tema SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita*, cit., 1360.

¹¹¹ V. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita*, cit.

¹¹² Per approfondimenti sul tema v. POGGI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014: Valutazioni biomediche, biogiuridiche e bioetiche sulla sentenza sulla liberalizzazione della fecondazione artificiale eterologa*, in *Bioetica News Torino*, 2016.

a proseguire il proprio sviluppo, contraddicendo l'intento originario della legge n. 40, che mirava a tutelare la dignità dell'embrione.

La Corte è stata anche "accusata" di essersi sostituita al legislatore, imponendo la libertà di autodeterminazione della coppia come diritto assoluto e aprendo la strada a una liberalizzazione completa della PMA, senza considerare i valori etici e sociali alla base del divieto di fecondazione eterologa. Questa decisione ha attribuito alla coppia un diritto di autodeterminazione non previsto dalla Costituzione, assolutizzandolo a discapito di altri interessi tutelati, frutto di una scelta "politica" che dovrebbe competere in via esclusiva al Parlamento.

Un ulteriore aspetto contestato è l'interpretazione della famiglia, scollegata dai riferimenti tradizionali del matrimonio e della genitorialità naturale previsti dagli artt. 29 e 30 della Costituzione e infine, la Consulta ha mancato di tener conto di dati scientifici o biomedici nel suo ragionamento, trascurando i rischi legati all'eugenetica e alla tutela della salute degli embrioni¹¹³. La questione risulta, pertanto, superata a livello giurisprudenziale, pur restando auspicabile un intervento legislativo che ne consolidi l'impostazione.

5. Profili critici della prima applicazione e interventi della Corte costituzionale.

L'analisi fin d'ora svolta necessita di essere calata nella realtà pratica; per comprendere, infatti, nella loro completezza i problemi esposti e la *ratio* degli interventi innovativi della Corte costituzionale è doveroso riportare le prassi sviluppatesi dopo il 2004 che hanno dato origini a forti critiche nei confronti della disciplina legislativa.

Appena dopo l'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004 n. 40 vi sono state previsioni molto negative¹¹⁴ sull'andamento che avrebbe avuto la fecondazione assistita e le stesse sono state confermate dalla *Relazione del Ministro*

¹¹³ Si veda MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, 2014; PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche controllo di ragionevolezza*, in *Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2015, 3, 25; VIOLINI, *La Corte e l'eterologa, i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Rivista Associazione italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio costituzionale*, 2015.

¹¹⁴ V. FLAMIGNI, BORINI, COTICCHIO, *Il parere della comunità scientifica internazionale sulla legge italiana sulla pma*, 2005, in www.carloflamigni.it.

della salute del 2007¹¹⁵ contenente le diverse criticità riscontrate durante l'anno successivo all'entrata in vigore della normativa. In particolare, i successi delle tecniche di PMA e quindi di fecondazione e gravidanze ottenute per prelievo di ovociti si erano ridotti del 3,6%, passando dal 24,8% nel 2003 al 21,2% nel 2005, con una perdita di 1041 gravidanze. Dati, questi, ancora più critici se si considera che l'evoluzione tecnologica avrebbe dovuto portare ad un aumento delle stesse e che in queste cifre non sono presenti tutte le gravidanze che si sarebbero avute grazie alla possibilità di impiantare embrioni scongelati, né tantomeno le gravidanze più complesse, a causa delle ridotte aspettative delle coppie, le quali preferivano recarsi direttamente all'estero¹¹⁶.

Conseguentemente c'è stata una drastica riduzione del numero di nascite causato sia dalla diminuzione generale del 15% delle gravidanze sia dall'aumento degli aborti, determinati, questi ultimi, dal divieto di diagnosi preimpianto che spesso portava le donne a subire aborti spontanei o a interrompere le gravidanze a causa di patologie riscontrate sul feto.

La riforma è stata, inoltre, causa di gravidanze multiple nelle le donne giovani visto l'obbligo di simultaneità del trasferimento degli embrioni fecondati.

D'altro canto, invece, la procedura risultava poco risolutiva per le donne in età più avanzata, per cui la produzione di embrioni nel massimo pari a tre poteva non essere sufficiente, e anche per quelle coppie in cui l'uomo fosse affetto da una severa sterilità, vista l'impossibilità di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Queste problematiche, nel loro insieme, sono state ragione del cosiddetto turismo procreativo: fenomeno questo consistente nella "fuga" delle coppie all'estero per accedere a condizioni più favorevoli alle tecniche di PMA. Si è utilizzato, per indicarlo, anche l'espressione "viaggi dei diritti"¹¹⁷. Le coppie che si rivolgevano ai centri esteri erano in forte aumento, passando da 1066 coppie nel marzo 2004 fino ad arrivare a 4173 coppie nel 2006. La ragione consisteva

¹¹⁵ Cfr. *Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 15)*, 2006, in www.governo.it, presentata al Parlamento il 28 giugno 2007.

¹¹⁶ V. DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 62 ss.

¹¹⁷ Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 65.

principalmente nell'ottenere accesso a quelle pratiche vietate in Italia quali la donazione di gameti, la diagnosi preimpianto, l'inseminazione di massimo tre ovociti e la maternità surrogata – sul tema si poneva nuovamente il problema della responsabilità del medico, il quale era spesso lui stesso a consigliare alle coppie di rivolgersi all'estero –.

Il turismo procreativo preesisteva alla legge discussa, seppur in numero nettamente più ridotto, per ragioni differenti: non per aggirare i divieti nazionali ma perché le coppie andavano in cerca di tecniche più evolute all'estero. Questo mutamento, consistente nel passaggio da una scelta a una necessità, marcava una netta linea di confine tra il turismo procreativo ricco per coloro i quali potessero permetterselo, in Paesi e cliniche adeguate, e il turismo procreativo povero per i meno abbienti, spesso causa di gravi conseguenze psicofisiche sui pazienti¹¹⁸. Ma sul punto si approfondirà in seguito¹¹⁹.

Tutte le questioni problematiche sono però state risolte dalle diverse sentenze già esposte della Corte costituzionale che hanno tentato, seppur non libere da lacune e critiche, di risolvere i nodi principali del problema suddetto. Le stesse hanno profondamente inciso sull'originario impianto normativo della legge n. 40 del 2004, portando ad un suo progressivo e radicale mutamento. La sentenza n. 151 del 2009 ha rappresentato un primo, significativo intervento dichiarando l'illegittimità costituzionale del limite massimo di tre embrioni e dell'obbligo di impianto contemporaneo degli stessi, consentendo così la crioconservazione degli embrioni prodotti e non immediatamente trasferiti nell'utero. Successivamente, la sentenza n. 162 del 2014 ha rimosso il divieto assoluto di PMA eterologa, ampliando la possibilità di accesso alle tecniche di fecondazione assistita anche per quelle coppie che necessitano della donazione di gameti appartenenti a terzi per concepire. Infine, la sentenza n. 96 del 2015 ha ulteriormente ampliato i diritti delle coppie, dichiarando l'illegittimità costituzionale del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto per le coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, garantendo così una tutela più ampia della salute e della dignità degli aspiranti genitori.

¹¹⁸ Cfr. DOLCINI, *Fecondazione assistita*, cit., 61 ss.; TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., 405 ss.

¹¹⁹ V. *infra*, cap. III, par. 1.

Dinanzi a questo percorso giurisprudenziale restano ancora aperte svariate questioni. Le più rilevanti, ma al contempo lontane dalla risoluzione, sono quelle contenute nell'art. 5, co.1, relativamente ai limiti soggettivi all'accesso alle tecniche. La prima consiste nel riferimento normativo ai "coniugi" e ai "conviventi"; specificando, quindi, la natura del rapporto che deve intercorrere tra le coppie interessate alla PMA, lo Stato si ingerisce di una scelta che rientra nella libertà di autodeterminazione dei soggetti, legata alla veste utilizzata per inquadrare il loro rapporto sentimentale e alla volontà della filiazione. La seconda riguarda, invece, il divieto di accesso alla PMA per le coppie omosessuali, tema questo ancora più complesso e frutto di valutazioni etiche che il nostro Parlamento e la Corte costituzionale non sono ancora pronti a rivisitare.

L'ultima questione da affrontare, che è invece stata oggetto di ulteriori interventi della Corte, senza una definitiva risoluzione, è quella della revoca del consenso. Come in parte accennato durante l'approfondimento del divieto di produzione di più di tre gameti, l'art. 6, co. 3, l. n. 40/2004, prevede la possibilità di revocare il consenso fino al momento della fecondazione, imponendo un sostanziale obbligo a procedere con la PMA dopo questa fase. Il tema è stato oggetto di discussione accesa soprattutto perchè sembra imporre un trattamento medico obbligatorio dopo l'avvenuta fecondazione, al di là delle possibili valutazioni della paziente, del partner o dell'esercente la professione sanitaria riguardo le condizioni fisiche e psichiche della donna e della situazione soggettiva più ampiamente intesa. Anche in questo caso la contraddittorietà della disposizione risulterebbe evidente dato che invece nei primi tre mesi di gravidanza la donna può in qualunque momento decidere per l'interruzione della stessa.

La questione è resa, però, molto più complessa, lì dove a essere discusso è il consenso del padre. Sul tema non è intervenuto il legislatore, né la Corte costituzionale ha sentenziato in modo risolutivo. Al contrario ha per la prima volta scrutinato nel merito la legittimità della disciplina riguardante il consenso informato ai trattamenti di PMA con la sentenza n. 161 del 2023¹²⁰, ritenendo legittima l'irrevocabilità del consenso oltre il momento della fecondazione dell'ovulo.

¹²⁰ V. Corte Cost., 24/07/2023, n. 161, in *cortecostituzionale.it*.

La vicenda riguarda, una coppia che nel 2017 ha iniziato un percorso di PMA presso una struttura sanitaria, acconsentendo alla crioconservazione degli embrioni fecondati, poiché la donna avrebbe dovuto sottoporsi a ulteriori trattamenti prima dell'impianto. Successivamente, nel 2019, la coppia si è separata e, nel 2020, l'uomo ha revocato il consenso alla procedura d'impianto. La donna ha proposto quindi ricorso al Tribunale di Roma, chiedendo che venisse ordinato l'impianto degli embrioni crioconservati, sostenendo che l'art. 6, co. 3, della legge n. 40/2004 impedisse la revoca del consenso una volta avvenuta la fecondazione.

Il caso spinoso riguarda «non un figlio “già persona” conteso tra genitori, ma una persona in divenire contesa tra *ex* coniugi, l'uno, la donna desiderosa di realizzare pienamente il progetto genitoriale, l'altro, il padre determinato ad interromperlo, essendo venuto meno il legame di coppia»¹²¹.

Di fronte alla richiesta della donna il giudice ha sollevato questione di legittimità costituzionale, sostenendo che il vincolo di irrevocabilità previsto dalla legge potesse risultare lesivo della libera autodeterminazione dell'uomo e determinare una disparità di trattamento, qualora la situazione originaria che aveva giustificato il consenso fosse mutata. La questione, inoltre, ha riguardato l'interpretazione dell'art. 5, co. 1, della legge n. 40/2004, che consente l'accesso alla PMA solo a coppie con determinati requisiti, tra cui la convivenza o il matrimonio, la maggiore età, la potenziale fertilità e l'essere entrambi viventi. L'eventuale venir meno di tali presupposti, come nel caso di specie, avrebbe dovuto, secondo il giudice, consentire la revoca del consenso.

In relazione agli artt. 13, co. 1, e 32, co. 2, Cost., la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate per difetto di motivazione. Non è stato, infatti, dimostrato in che modo la procedura di impianto, che incide esclusivamente sul corpo della donna, potesse configurare un trattamento sanitario coercitivo per l'uomo.

Tuttavia, la Corte ha riconosciuto che l'assetto normativo è nel frattempo mutato a seguito di pronunce di incostituzionalità (sent. n. 151/2009 e sent. n.

¹²¹ Cfr. IADICICCO, «Cosa resta del padre?». A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'*ex* partner, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2024, 1, 251.

96/2015), le quali hanno legittimato la prassi della crioconservazione degli embrioni, generando inevitabilmente un intervallo temporale tra la fecondazione e l'impianto. Tale intervallo ha reso particolarmente rilevante la questione della revoca del consenso, in quanto il consenso prestato in un determinato momento poteva non essere più attuale al momento dell'impianto. Nonostante ciò, riguardo alla presunta violazione dell'art. 3 Cost., la Corte ha osservato che, pur essendo l'irrevocabilità del consenso formalmente applicabile a entrambi i membri della coppia, nella pratica essa non lo è per entrambi, perché nel caso in cui sia la donna a rifiutare non sarebbe possibile procedere all'impianto dell'embrione coattivamente. La Corte ha, inoltre, escluso che tale situazione potesse configurare una disparità di trattamento, rilevando che le posizioni della donna e dell'uomo non fossero omogenee: solo la prima, infatti, è soggetta a trattamenti invasivi e potenzialmente rischiosi per la propria salute.

Richiamando le linee guida del d.m. 1° luglio 2015, che attribuiscono alla donna il diritto di ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati, la Corte ha affermato che l'irrevocabilità del consenso ha risposto all'esigenza di tutelare l'integrità psicofisica della donna e l'affidamento da lei riposto nel consenso originariamente prestato dall'uomo. Tale consenso informato, infatti, ha costituito un atto fondato sull'intenzione di dare origine a una nuova vita e ha comportato una fondamentale assunzione di responsabilità, rilevante anche ai fini dell'acquisizione dello *status* di figlio. Quest'argomentazione è stata particolarmente criticata perché non ha considerato la salute psichica dell'uomo.

Infine, la Corte ha ribadito la necessità di tutelare la dignità dell'embrione *ex art. 2 Cost.*, riconoscendo l'interesse primario dell'embrione a nascere, non intaccato dalla sopravvenuta separazione tra i genitori, evento che non ha escluso la possibilità per il nato di instaurare un legame affettivo con entrambi. Tuttavia, tale concetto risulta problematico, sia per la difficoltà di declinare in concreto cosa si intenda per dignità dell'embrione, sia perché l'associazione tra dignità dell'embrione e diritto alla salute psichica della madre appare impropria. Parte della dottrina ha criticato questo passaggio, ritenendo che la tutela dei diritti della donna non possa giustificare il sacrificio dell'autodeterminazione paterna, se non laddove

si faccia riferimento agli interessi del nato, divenuto persona¹²². Inoltre, l'attribuzione di dignità all'embrione apre questioni irrisolte sul destino degli embrioni crioconservati e non impiantati.

Tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate sono state dichiarate infondate¹²³, la Corte ha ritenuto che il bilanciamento tra gli interessi coinvolti nella disciplina non superasse la soglia dell'irragionevolezza.

L'orientamento della Corte costituzionale sembra comunque coerente con il principio, ricavabile dall'art. 30 della Costituzione, che pone la responsabilità dei genitori nei confronti del nato al centro della disciplina sulla filiazione. Questo principio, originariamente inteso per garantire tutela ai figli nati fuori dal matrimonio, è stato interpretato in modo da privilegiare la verità biologica rispetto alla verità legale, pur sempre nel rispetto del miglior interesse del minore. L'evoluzione giurisprudenziale e legislativa ha infatti progressivamente abbandonato il *favor legitimatis* a favore di un *favor veritatis*, pur riconoscendo che tale verità biologica non è un valore assoluto e va sempre bilanciata con l'interesse del minore.

La Corte, tuttavia, lascia aperta la possibilità per il legislatore di intervenire sul tema, ipotizzando modifiche che consentano, in presenza di un mutamento di volontà paterna, di escludere la responsabilità genitoriale dell'uomo. Questo potrebbe avvenire attraverso l'introduzione di meccanismi che permettano al padre biologico di non riconoscere il figlio, qualora ciò risulti compatibile con il miglior interesse del minore. In tal modo, si garantirebbe anche la prosecuzione del trattamento di PMA già iniziato senza compromettere l'aspettativa di maternità della donna o il diritto alla vita dell'embrione. Inoltre, la Corte suggerisce implicitamente che il legislatore dovrebbe prevedere la possibilità per l'uomo di mantenere l'anonimato in caso di revoca del consenso e, per coerenza, consentire l'accesso alla PMA con donazione di seme anche alle donne single. Il necessario intervento del legislatore traspare quindi molto chiaramente oltre che dalle parole della Corte, dal progressivo smantellamento della legge n. 40 del 2004 che origina

¹²² V. TALINI, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004*, in *Consulta Online*, 2023, 3, 895 s.

¹²³ Sul punto si veda ALESSI, *Corte costituzionale – sentenza 161/2023: PMA, non è illegittima l'irrevocabilità del consenso oltre il momento della fecondazione dell'ovulo*, in *BioDiritto*, 2023.

della giurisprudenza costituzionale e dalla constatazione che molti degli interventi richiesti siano rimasti privi di un adeguato seguito normativo¹²⁴.

¹²⁴ V. IADICICCO, «*Cosa resta del padre?*», cit., 260 ss.

CAPITOLO II

LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ:

L'INQUADRAMENTO GIURIDICO, I DIVIETI E LE SANZIONI PENALI

SOMMARIO: 1. Il concetto di maternità surrogata: diverse accezioni e difficoltà definitorie. – 2. Gli aspetti etici e bioetici della materia. – 3. L'inquadramento giuridico della maternità surrogata secondo l'ordinamento italiano. – 4. I lineamenti del reato di surrogazione di maternità (art. 12, comma 6, l. n. 40/2004). – 4.1. La dinamica plurisoggettiva della gestazione per altri e il problema dei soggetti attivi del reato. – 4.2. Il bene giuridico protetto e il rispetto del principio di offensività. – 4.3. Le condotte punibili e il momento di consumazione del reato. – 4.4. Il *locus commissi delicti* (rinvio). – 5. Uno sguardo altrove. L'eccezionalità dell'ordinamento italiano nello scenario internazionale. – 5.1. Gli Stati europei che consentono la maternità surrogata in forma altruistica. – 5.2. Gli Stati che vietano la GPA. – 5.2.1. Gli Stati che prevedono un divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata (ma non puniscono i “genitori intenzionali”). – 5.2.2. Gli Stati che puniscono solo indirettamente le condotte di GPA. – 5.3. La surrogazione di maternità commerciale: gli ordinamenti che la disciplinano. – 5.4. Le conclusioni della disciplina comparatistica.

1. Il concetto di maternità surrogata: diverse accezioni e difficoltà definitorie.

La maternità surrogata è uno dei temi più complessi e delicati al centro dell'attuale dibattito politico, giuridico e bioetico. Il termine non è monosemico, essendo utilizzabili come sinonimi indifferentemente le espressioni di “utero in affitto”, “maternità surrogata”, “maternità per sostituzione”, “gestazione per altri”, “maternità su commissione”, “contratto di maternità” o “maternità su procura”.

Nella sua accezione più ampia, il termine maternità surrogata è utilizzato per individuare il fenomeno generalmente inteso, ossia la fattispecie in cui una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire per conto di terzi. Nella presente trattazione sarà questa la definizione che si adotterà, senza addentrarsi nei

sottili tecnicismi che differenziano le varie ipotesi concrete, tentando di volta in volta di chiarire le caratteristiche proprie della casistica analizzata.

Alcune precisazioni sono comunque necessarie.

Il termine “maternità surrogata” (detta anche maternità surrogata parziale), tecnicamente, indica la fattispecie in cui la gestante oltre ad occuparsi della gestazione e del parto, apporta essa stessa il proprio materiale genetico, sia nell’ipotesi in cui sussista l’infertilità della donna committente, sia nell’ipotesi in cui si tratti di due uomini committenti. Questa ipotesi è anche detta maternità surrogata tradizionale o a basso ricorso tecnologico¹.

Situazione diversa da questa è quella in cui la gestazione avviene nella donna che sarà anche madre sociale del nascituro e a cui però, a causa della propria infertilità, vengono donati ovuli femminili da una donna fertile estranea alla coppia; si configurerebbe, in questo caso, una forma di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

L’utero in affitto (anche detto maternità surrogata totale, piena, gestazionale o ad alto ricorso tecnologico), invece, indica l’ipotesi in cui la partoriente contribuisce unicamente alla sola gestazione, mentre il materiale genetico è quello proprio della coppia committente (c.d. surrogazione omologa) o di ulteriori soggetti coinvolti in quanto donatori dei gameti (c.d. surrogazione eterologa)².

La materia, come si evince dai lineamenti appena tracciati, presenta notevole complessità, vedendo coinvolti una pluralità di soggetti e conseguentemente vari interessi in gioco: da un lato la dignità della donna, madre surrogata, che potrebbe essere violata dalla pretesa, gratuita o meno, di una gravidanza a favore di terzi; dell’altro l’interesse della coppia che in alcuni casi può vedere realizzato, solo ricorrendo a questa pratica, il proprio interesse alla filiazione e costruzione di un’unità familiare; e in ultimo, anche se probabilmente di primaria importanza, l’interesse di colui che è coinvolto nella vicenda, ma senza aver alcun potere decisorio, ossia il nascituro, che è figlio di genitori intenzionali e ha diritto a

¹ Cfr. DE ANGELIS, *Mater semper certa erat*, in *Famiglia*, 2019, 1.

² Si veda sul punto DE ANGELIS, *Mater semper certa erat*, cit., 1; FIORE, TOMASIELLO, ROBERTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, in MARTORANA (a cura di), *La Biblioteca del Giurista*, 1^a ed., Milano, 2023, 2.

che lo *status filiationis* superi i confini territoriali, ma che è anche figlio biologico della gestante e se diversa dalle due suddette, della madre genetica.

La scienza, infatti, non può aiutarci nel trovare risposta all'interrogativo "chi è la madre?", in quanto è madre sia la madre titolare del patrimonio genetico, che colei la quale porta avanti la gestazione e il parto; ancor più complessa è la risposta al quesito nell'ipotesi in cui il materiale genetico appartenga alla gestante stessa, che sarà pertanto diversa dal genitore a questo punto solo "committente". In questo caso la madre genetica è completamente scissa dalla madre sociale, alla quale, però, in base al contratto stipulato, spetteranno tutti i diritti appartenenti ad una madre naturale sul proprio figlio. In questo caso la scienza indicherebbe come madre la sola madre gestante e genetica, ma la legge, che non è scienza, deve guardare anche al rapporto creatosi tra il minore e il genitore intenzionale.

Alla gestazione per altri ricorrono per la maggior parte donne single o in coppia che non possono portare avanti la gravidanza o partorire, per problemi fisici. Non è, però, solo in questa "impossibilità" che deve individuarsi il motivo a tale ricorso, sono, infatti, sempre più frequenti i casi in cui se ne interessano padri single, coppie omosessuali o donne in carriera che non possono o vogliono sottrarre del tempo alla loro vita lavorativa. Sul tema è ancora più arduo definire e bilanciare gli interessi in gioco e le questioni etiche risultano essere di maggiore rilevanza³.

Nell'interesse di comprendere il fenomeno nella sua ragion d'essere, della pratica di surrogazione di maternità rinveniamo traccia, seppur su base naturalistica, nelle Sacre Scritture⁴ e ne riscontriamo l'esistenza già ai tempi dei romani come *locatio ventris*, ossia prestito della propria moglie per generare figli altrui⁵. È da questa figura che discende l'attuale fattispecie dell'utero in affitto, termine questo intrinsecamente dispregiativo e tendenzialmente utilizzato per sottolineare l'anti-eticità della pratica, volta alla commercializzazione del corpo femminile.

³ Si veda *infra*, cap. II, par. 2.

⁴ Sul tema SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 5, 1098 s. «Rachele disse a Giacobbe: unisciti alla mia serva Bila, perché abbia anch' io una mia prole per mezzo di lei: Genesi, 30, 3; la stessa cosa Sarah disse ad Abramo per avere figli a mezzo della sua ancella Hagar: Genesi, 16, 2».

⁵ V. CANTARELLA, *Marzia e la locatio ventris*, in RAFFAELLI (a cura di), *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma. Atti del Convegno di Pesaro*, 1994, 251 ss.

Oggi il fenomeno si caratterizza per la sua “artificialità” ed è, non altro, che una variante, particolare, della fecondazione eterologa applicata alla donna⁶. Il principale problema che ne deriva è la disarticolazione del concetto di maternità, passando dall’essere, questa, una categoria unica e stabile ad essere un’entità variabile, liquida e fluida.

La definizione che più appare idonea è quella fornita dal *Report of the Committee of Inquiry into Human fertilisation and Embriology*, (c.d. “rapporto Warnok”, dal nome della presidente di commissione, Mary Warnok)⁷, secondo cui «La maternità per sostituzione è la maternità di quelle donne che si prestano ad avere una gravidanza e a partorire un figlio non per sé ma per un'altra donna».

Possiamo pertanto definire la maternità surrogata come la pratica in cui una donna terza alla coppia, che sia essa etero o omosessuale, provveda alla gestazione, con il patrimonio genetico proprio, della donna committente o di una donna terza donatrice, a titolo gratuito o oneroso, per conto di terzi committenti, detti genitori intenzionali, i quali in base al titolo contrattuale, si impegnano ad assumersi la responsabilità genitoriale del nato, escludendo completamente diritti in capo alla madre biologica⁸.

La gestazione per altri (GPA) è costituita quindi da due elementi fondamentali: la sussistenza di un accordo tra madre surrogata e committente e la realizzazione della dissociazione tra maternità e gestazione⁹.

Gli attori coinvolti sono tendenzialmente tre: la madre surrogata e i membri della coppia committente, ma potrebbero esser coinvolti anche soggetti ulteriori: i donatori dei gameti necessari. In tale ipotesi si distinguerebbero la “madre committente”, la “madre gestante” o “partoriente” e la “madre genetica”. Situazione ancor più complessa si costituirebbe nell’ipotesi in cui anche o solo i gameti maschili fossero donati da un terzo e non appartenessero al membro maschile della coppia committente¹⁰.

⁶ Cfr. SCALISI, *Maternità surrogata*, cit., 1099.

⁷ V. *Report of the Committee of Inquiry into Human fertilisation and Embriology*, dal nome della 48apport48t di commissione MARY WARNOK, il c.d. “48apport Warnok, 1984, in www.hfea.gov.uk.

⁸ Cfr. FIORE, TOMASIELLO, ROBORTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 19.

⁹ Si veda DI NINO, *Verso un diritto penale onnipresente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *Sistema Penale*, 2024, 4, 94.

¹⁰ Cfr. SCALISI, *Maternità surrogata*, cit., 1098.

Quanto sin d'ora esposto spiega adeguatamente l'intervento della Corte di Cassazione che nella sentenza n. 19599 del 2016 ha messo in discussione il noto brocardo latino *mater semper certa est, pater numquam*, nella sua prima parte. Ritenendo che dinanzi allo sviluppo delle nuove tecniche procreative e alla pratica in questione, neanche la certezza della madre è più tale, potendo distinguersi la donna che ha partorito, da quella che ha trasmesso il proprio patrimonio genetico, da quella che lo ha commissionato e acquisterà i diritti di madre¹¹.

2. Gli aspetti etici e bioetici della materia.

La disciplina attualmente in vigore nel nostro Paese, così come negli altri Stati europei e non, è il frutto della contrapposizione tra divergenti correnti di pensiero che, sulla base di valutazioni etiche diverse, propendono in un senso o nell'altro. La complessità della materia emerge chiaramente dalla pluralità di posizioni e sensibilità coinvolte, frutto di valutazioni contrastanti sui principi della dignità umana, dell'autodeterminazione, della giustizia sociale e della tutela del minore.

Così come visto in precedenza risetto alla PMA anche nella surrogazione di maternità a una visione più liberale che stimola l'adozione di una normativa favorevole alla GPA, si contrappone una visione di matrice cattolica della procreazione che considera aberrante la pratica in ogni sua forma. In un punto intermedio si pongono coloro i quali condannano la condotta nella sua forma commercialistica, distinguendola da quella altruistica che dovrebbe essere legalizzata. Queste posizioni, che verranno di seguito esposte, non sono nette e ben definite; infatti, più che riguardare la pratica in sé, dipendono dalla valutazione dei bene giuridici considerati meritevoli di tutela.

Gli interessi in gioco, ossia quello della madre surrogata, della coppia committente e del figlio, si bilanciano in modi differenti nei singoli casi. Da un lato si configura l'interesse alla genitorialità e dall'altro l'interesse a che il corpo umano

¹¹ «Idoneo a fotografare gli effetti, sul piano del diritto, della piena coincidenza in una sola donna di colei che partorisce e colei che trasmette il patrimonio genetico. Questa coincidenza, tuttavia, nel tempo è divenuta non più imprescindibile, per via dell'evoluzione scientifico-tecnologica che ha reso possibile scindere la figura della donna che ha partorito da quella che ha trasmesso il patrimonio genetico grazie all'ovulo utilizzato per la fecondazione», queste le parole utilizzate dalla Cass. civ., Sez. I, 30/09/2016, n. 19599, in *DeJure*.

non diventi fonte di lucro e di degrado di dignità della donna gestante¹². È in base alla rilevanza attribuita a ciascuno di questi elementi che emergono criticità differenti e si delineano i diversi orientamenti normativi. In alcuni Stati la pratica è legale e dettagliatamente disciplinata, mentre in altri, come in Italia, la maternità surrogata è vietata¹³.

Un'opinione comune nei Paesi occidentali riguarda la riprovevolezza, e dunque il conseguente divieto, di compiere atti dispositivi del proprio corpo che ne compromettano in modo permanente l'integrità psicofisica o risultino contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume¹⁴. Tuttavia, resta aperta la questione se la maternità surrogata possa effettivamente rientrare in questa categoria di atti. Portare in grembo un bambino per qualcun altro e poi separarsene al momento della nascita è da considerarsi un atto dispositivo del proprio corpo da vietare?

La risposta a questa domanda non è univoca. Quando vengono in gioco questioni bioetiche, esse portano inevitabilmente con sé dibattiti accesi e divergenti. Non è possibile assolutizzare il quesito, poiché elementi imprescindibili da considerare sono la ragione alla base del ricorso alla maternità surrogata e la modalità con cui questa viene praticata.

Il rispetto del corpo materno costituisce un elemento fondamentale per una possibile liceità della fattispecie. La gratuità o meno della pratica, insieme alle condizioni di vita della donna coinvolta, sono aspetti rilevanti nella valutazione etica. Quando il ricorso alla maternità surrogata avviene in Paesi estremamente poveri, dove le donne versano in stato di bisogno e si prestano alla GPA solo per sopravvivere¹⁵, emerge un rischio concreto di sfruttamento e mercificazione del corpo femminile. Situazione diversa è quella in cui una donna scelga di prestare il proprio corpo per portare a termine una gravidanza per altri, a titolo gratuito (c.d. modello "altruistico") o anche oneroso, ma non per necessità economica, bensì

¹² In argomento si veda RUGGERI, SALAZAR, *Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta Online*, 2017, 1, 137.

¹³ In argomento si veda *infra*, cap. II, par. 5.

¹⁴ Cfr. art. 5, R.D. n. 262 del 1942 (Codice civile), «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

¹⁵ Sul tema DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. Pen. – Riv. web*, 2019, 1.

come espressione di una scelta autonoma e consapevole¹⁶. L'ipotesi che alcuni tendono ad ammettere con più favore è proprio la prima delle ultime esposte, ossia la maternità surrogata solidaristica¹⁷, fattispecie in cui la madre surrogata non riceve un corrispettivo, ma è solo rimborsata per tutte le spese personali relative alla gravidanza; inoltre non deve sostenere le spese sanitarie che sono a carico della coppia¹⁸ e non è soggetta ad alcuna imposizione sulle regole da seguire durante la gestazione. In questa ipotesi non si configurerebbe né un atto dispositivo vietato dall'art. 5 c.c., né un atto lesivo della dignità della gestante il cui corpo «assumerebbe anzi l'alto valore simbolico di una umana abnegazione»¹⁹.

C'è chi ritiene, inoltre, che sia la madre surrogata a dover decidere, al termine della gestazione, se tenere o meno con sé il bambino, non potendo un accordo anteriore prevalere su quanto maturato dalla donna grazie all'esperienza da lei vissuta con la gravidanza²⁰.

Questa dimensione “donativa” della gestazione per altri è implicitamente evocativa di positività, ma resta da chiedersi se davvero in questo modo non si apra le porte a pratiche di sfruttamento della donna. Infatti, l'assunto appena descritto si basa sulla massima di esperienza secondo cui nessuno può considerarsi spinto dal

¹⁶ Si veda BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N° 16 bis, 3323.

¹⁷ Cfr. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione, nota a Cass. Sez. Un., 8.5.2019, n. 12193*, in *GenIUS*, 2019, 2, 19 ss. In giurisprudenza, emblematica di tale impostazione, l'ordinanza di remissione della Corte App. Milano, ord. 25/7./2016, n. 273, in *Gazzetta Ufficiale*, 2017, cui ha fatto seguito la sentenza della Corte Cost., 18/12/2017, n. 272, in *cortecostituzionale.it*. Secondo la Corte milanese «potrebbe non ravvisarsi lesione della dignità della donna qualora alla stessa fosse consentito, con scelta libera e responsabile, di accedere e dare senso, in condizioni di consapevolezza, alla pratica «relazionale» della gestazione per altri, in un contesto regolamentato in termini non riducibili alla logica di uno scambio mercantile e che, sempre e comunque, le garantisce un «ripensamento», ossia la possibilità di tenere per sé e riconoscere il bambino, non potendo imporsi alla donna per contratto (né per legge) di usare il proprio corpo a fini riproduttivi e di essere, o non essere, madre».

¹⁸ Sul tema PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 227, secondo cui «La gratuità [...] esclude, [...] qualsiasi remunerazione di attività di intermediazione (e, forse, più radicalmente la configurabilità di attività di intermediazione [...] a carattere professionale), mentre potrebbe non essere incompatibile con un riconoscimento di una copertura delle spese connesse alla gravidanza».

¹⁹ Cfr. SCALISI, *Maternità surrogata*, cit., 1100.

²⁰ V. DANNA, «*It's not their pregnancy*». *L'aborto nei contratti di maternità surrogata statunitensi*, in *AGAboutGender, International Journal of Gender Studies*, 2014, 5, 147; nello stesso senso PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, cit., 225 ss., «Il momento di maturazione definitiva della volontà viene individuato dalla nascita, o più esattamente da un congruo breve termine successivo alla nascita che completi la separazione e garantisca l'avvenuto distacco».

bisogno economico a compiere un'azione senza alcun guadagno. Ma anche lo stesso rimborso che i genitori committenti devono alla gestante assume una valenza compensativa²¹ che contamina l'altruità, risultando molto difficile la distinzione tra lo stesso e il compenso vero e proprio, soprattutto nel momento in cui ad essere rimborsata è l'attività lavorativa non svolta a causa della gravidanza²².

Inoltre, lasciare alla gestante l'arbitrio in merito alla prosecuzione della gravidanza o riguardo la scelta di tenere il bambino dopo il parto, ridurrebbe notevolmente l'interesse dei genitori committenti, i quali per un risultato certo, probabilmente si rivolgerebbero a Paesi meno garantisti rispetto ai diritti della gestante e che meglio assicurerebbero i loro interessi genitoriali.

In ultimo, se la gratuità, da un lato, dovrebbe tutelare la libera autodeterminazione della donna nelle sue scelte scelse dalla necessità e dal bisogno, dall'altro, finisce per limitarla, privando la donna della possibilità di scegliere una fonte di guadagno per lei più dignitosa di altre²³.

Ulteriore elemento distintivo quando si disquisisce sull'eticità della maternità surrogata è la motivazione che spinge la coppia committente a fare ricorso alla stessa. Se tale pratica rappresenta l'unica soluzione possibile alla procreazione e viene effettuata nel rispetto dei diritti e della dignità delle parti coinvolte, essa potrebbe essere considerata eticamente accettabile. Al contrario, se il ricorso alla maternità surrogata avviene per ragioni di comodità, come il desiderio di preservare il proprio aspetto fisico o di evitare le implicazioni fisiche della gravidanza, la pratica appare moralmente più discutibile.

²¹ Si veda SARACENO, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *Giudicedonna*, 2017, 1, 5, «la questione è non solo il rimborso delle spese mediche, dell'abbigliamento, ecc., ma anche del tempo. [...] Dovrebbe esserci una certa regolazione dell'ammontare del rimborso e di che cosa dovrebbe essere rimborsato. Ma il divieto totale in nome dell'altruismo è anch'esso una forma di sfruttamento delle donne. La situazione è diversa da quella della donazione di sangue, poiché richiede molto più tempo e coinvolge il corpo della donatrice. Questo [...] vale anche per le donatrici degli ovuli».

²² Sul punto BOZZI, *Maternità surrogata*, cit., 3325.

²³ Cfr. POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, 2016, 2, 102, «le donne che si prestano per la surrogazione di maternità commerciale ne ricevono un guadagno che per loro è fondamentale, e probabilmente considerano quest'attività meno lesiva della loro dignità rispetto ad altre a loro disposizione»; nello stesso senso CAPULLI, *Gestazione per altri; corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, in *BioLawJournal*, 2021, 137, «la soluzione non deve essere quella di neutralizzare [...] l'autodeterminazione con un divieto, ma piuttosto l'elaborazione di regole [...] si è trovato un utile riferimento nel modello di GPA professionale, che intende superare la dicotomia altruistico/commerciale spostando l'attenzione sulle modalità in cui il rapporto di gestazione dovrebbe essere costruito».

Infine, un elemento che solleva inevitabili preoccupazioni è quello legato all'interesse superiore del minore. *In primis* bisogna chiedersi se tale modalità di procreazione leda la dignità del bambino che diviene oggetto di dono o scambio economico. Inoltre, devono considerarsi le implicazioni psicologiche della separazione dalla madre surrogata al momento della nascita, così come le difficoltà nel riconoscimento dei legami familiari che possono determinare problematiche significative nella crescita del bambino. Anche il diritto alla conoscenza delle proprie origini e la tutela della propria identità rappresentano aspetti cruciali del dibattito etico e bioetico sulla maternità surrogata, ai quali si potrebbe ovviare vietando l'anonimato. Ma resta il problema della sussistenza in capo al bambino dell'interesse a preservare un legame con la donna che lo ha avuto in grembo²⁴.

Il dibattito sulla maternità surrogata solleva interrogativi circa il significato e il valore della genitorialità, intesa come legame tra genitore e figlio basato non solo su un rapporto biologico, ma anche su una dimensione affettiva e simbolica²⁵. La maternità surrogata sfida questo modello, separando la procreazione dalla filiazione e basando la genitorialità esclusivamente sulla volontà, anziché su un legame naturale o affettivo, aprendo la strada a un cambiamento profondo nel modo di concepire la filiazione²⁶.

²⁴ Si veda BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, vol. n. II, 6^a ed., Milano, 2017, 445, «è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglienza dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto»; NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2017, 2, 56. In senso contrario PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, cit., 222 s., «il richiamo di un superiore e prevalente interesse del nascituro/a alla garanzia di una continuità della relazione materna si fonderebbe su astratte petizioni di principio».

²⁵ Cfr. SARACENO, «Dignità relazionale». *Un concetto non solo giuridicamente complesso*, in *Questione Giustizia*, 2019, 2, 11, «la ricerca antropologica è ricca di esempi di come, [...] le funzioni genitoriali possano essere distribuite diversamente non solo tra uomini e donne, ma tra soggetti diversi da quelli procreativi e non coincidere necessariamente (anzi, quasi mai) con quelle del modello della famiglia nucleare».

²⁶ Si vedano PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, cit., 221, «Ci sarà [...] bisogno di configurare una dimensione giuridica del «nome della madre» (vale a dire del riconoscimento della specificità della fondamentale relazione di gravidanza che si conclude con il parto) che vada oltre la dimensione delle categorie consolidate e tradizionali. Si tratta di pensare ad una figura giuridica interamente nuova, che garantisca alla madre biologica la presenza sulla scena del progetto riproduttivo-genitoriale, necessariamente diversa dalla maternità tradizionale in continuità di progetto»; SARACENO, «Dignità relazionale», cit., 12, «il criterio di accettabilità [della gpa], al netto della esclusione delle forme di sfruttamento e di negazione di diritti della gestante, non dovrebbe passare tanto dalla distinzione – dai confini incerti – tra gestazione commerciale o altruistica. Piuttosto, dovrebbe basarsi sulla esplicita disponibilità di tutti i soggetti adulti coinvolti [...] a stare in relazione tra loro e, soprattutto, con colui o colei che da questa relazione nasce: per restituirgli/le appieno la

A differenza dell'adozione, che garantisce una famiglia a un bambino già nato e prevede un meccanismo di valutazione degli aspiranti genitori, la maternità surrogata sovverte la logica tradizionale della filiazione. Allo stesso modo, il parto anonimo tutela la madre e il bambino in situazioni di difficoltà, senza modificare il concetto di genitorialità. Al contrario, la maternità surrogata implica una ridefinizione di questo concetto. Anche la fecondazione eterologa sfida i limiti biologici della filiazione, ma in modo meno radicale rispetto alla maternità surrogata, poiché mantiene un legame più diretto con l'immaginario tradizionale della nascita. La gestazione per altri invece, impone un ripensamento profondo dell'idea di genitorialità, separando il legame biologico dal legame genitoriale e ponendo al centro la volontà come criterio esclusivo²⁷.

complessa relazionalità entro cui è stato concepito ed è diventato figlio/a); SCALISI, *Maternità surrogata*, cit., 1107 ss., «di fronte a una realtà umana e sociale così complessa quale quella sottesa al fenomeno della surrogazione di maternità, [...] non è da escludere che siano sperimentabili possibili forme di genitorialità condivise, aperte e flessibili, che, oltre al preminente e superiore interesse del minore, siano in grado di realizzare il giusto equilibrio e la giusta proporzionalità tra tutti gli interessi dei soggetti coinvolti»; GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Questione giustizia*, 2019, 2, 92, «La relazione di gravidanza che lega la gestante al nato non perde di significato e di rilevanza giuridica dopo il parto, ma permane ...come relazione di natura familiare. Tale relazione [...], merita [...] adeguata protezione [...], non come relazione genitoriale (la quale sarebbe imposta contro la volontà della donna e contro l'interesse superiore del minore), ma come diritto di visita, il quale va assicurato, anche contro la volontà dei genitori, nell'interesse del minore. Tale diritto di visita e di contatto implicherebbe, [...] il diritto del nato di conoscere l'identità della donna [...], e il diritto della donna ad avere conoscenza del luogo ove vive il minore e a mantenere, se lo vuole, una relazione di visita, secondo le modalità concordemente determinate con i genitori o, in mancanza di accordo, secondo le determinazioni [...] date dal giudice, nell'esclusivo interesse del minore».

²⁷ V. BOZZI, *Maternità surrogata*, cit., 3332; per un'aspra critica ZINCANI, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, 10, «La pretesa del figlio a tutti i costi, ossia che “venga ad essere” è un atteggiamento ben diverso dal desiderio di genitorialità, intriso della libertà del genitore che desidera e mette in atto quei comportamenti in vista della procreazione e, ove tali atti abbiano dato frutto, accoglie il figlio, innanzitutto la sua vita fisica, il suo “corpo”, riconoscendo con il suo stesso comportamento che l'esistenza del concepito-nato non dipende, se non in parte, da sé; libertà del figlio, il cui esserci non è oggetto di una pretesa altrui. Questa reciproca relazione di libertà è quella che consente di caratterizzare il rapporto di genitorialità ed è la prima ed essenziale relazione interpersonale, nei termini del riconoscimento della totale autonomia e della totale alterità dell'altro: l'altro e il suo esserci sono accolti, non pretesi. La trasformazione della genitorialità in un diritto – peraltro a scapito del diritto degli altri: della donna-madre gestazionale e del figlio – è una forma di reificazione della persona, che ne fa un mezzo di appagamento del sé (nel caso di specie del genitore). La relazione genitoriale passa, pertanto, dalla dimensione del riconoscimento del figlio come soggetto “totalmente altro da me” alla dimensione del possesso del figlio come “prodotto” (peraltro, nel corpo di altri) per la soddisfazione di un desiderio. Non è un caso che i contratti di surrogazione prevedano clausole che consentono di scegliere alcuni caratteri somatici del figlio, secondo il gradimento dei genitori. La surrogazione di maternità, ove consentita e disciplinata, è dunque destinata, ben oltre la sfera dei rapporti delle persone direttamente coinvolte, a modificare il modo di intendere lo statuto fondamentale delle relazioni intersoggettive, su cui si fonda l'esperienza giuridica in tutte le sue manifestazioni».

Le argomentazioni etiche sin qui esaminate si riflettono, a livello dottrinale, nei tre principali indirizzi teorici che dominano il dibattito sulla gestazione per altri: proibizionista, liberale e mediano²⁸. Tali correnti offrono una chiave interpretativa utile per sistematizzare le differenti valutazioni espresse rispetto alla liceità o meno della pratica.

L'approccio "proibizionista", sostenuto sia da parte della dottrina cattolica²⁹ sia da una componente del femminismo radicale³⁰, assume come centrale il legame biologico e simbolico tra gestante e nato. Tale posizione riconduce la maternità alla partoriente, in ossequio al principio *mater semper certa est*, valorizzando la relazione gestante-figlio come fondativa e pregiuridica. Ne discende l'assunto che ogni interruzione, anche consensuale, di tale legame implichi una lesione della dignità della donna e del minore, e si traduca in una forma di mercificazione della persona umana. Vengono evidenziati, inoltre, i rischi di sfruttamento delle donne, soprattutto nei contesti socio-economici svantaggiati, nonché le limitazioni alla loro autodeterminazione durante la gravidanza, anche in relazione al diritto all'aborto e alla revoca del consenso.

L'indirizzo "liberale", al contrario, fonda l'analisi sul principio di autodeterminazione e sul *harm principle*, secondo cui l'intervento dello Stato è giustificato solo in presenza di un danno a terzi³¹. Da questa prospettiva, la GPA rappresenta un'espressione legittima della libertà procreativa e dell'autonomia

²⁸ Sul tema ampiamente GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *Giudicedonna*, 2017, 1, 7 ss.

²⁹ La Chiesa Cattolica «ritiene eticamente inaccettabile la dissociazione della procreazione dal contesto integralmente personale dell'atto coniugale: la procreazione umana è un atto personale della coppia uomo-donna che non sopporta alcun tipo di delega sostitutiva», *Congregazione per la Dottrina della fede*, cit.

³⁰ Si vedano le posizioni (citare in GATTUSO, *Gestazione per altri*, cit., 7 s.) di FINEMAN, *The sexual family*, in *Feminist and queer legal theory*, 2009, 49 ss., «per la quale i legami sessuali dovrebbero rimanere in una sfera privata e non dovrebbero assumere il ruolo fondativo che è riservato loro nel diritto di famiglia, sicché il matrimonio dovrebbe restare una cerimonia privata priva di rilevanza giuridica; per contro la famiglia dovrebbe identificarsi con la sola relazione "Mother and Child", una diade simbolica rappresentativa dei legami fondamentali del genere umano».

³¹ Si vedano (citati in GATTUSO, *Gestazione per altri*, cit., 8 s.) RAGONE, *Chasing the Blood Tie: Surrogate Mothers, Adoptive Mothers and Fathers*, in *American Ethnologist*, 1996, 23, 352; VASANTI JADVA, *Surrogacy: The Experiences of Surrogate Mothers*, in *Human Reproduction*, 2003, 18, 2196; JOHN STUART MILL, 'On Liberty', in ALAN RYAN, *On Liberty and the Subjection of Women*, Londra, 2006, 16; BUSBY, VUN, *Revisiting the Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Motherhood*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2010, 26, 13; TEMAN, *Birthing a Mother: The Surrogate Body and Pregnant Self*, in *University of California Press*, 2010.

privata della donna, che può decidere consapevolmente di portare avanti una gravidanza per altri. Tale impostazione esclude che vi siano effetti negativi certi sul benessere del nato e riconosce dignità giuridica alle scelte della gestante, inclusa quella di ricevere un compenso, ritenuto compatibile con il rispetto della persona, ove avvenga in condizioni di libertà e trasparenza.

Una posizione mediana, o “sociale”, si colloca tra i due estremi, riconoscendo la necessità di una regolamentazione attenta e realistica³². Essa assume criticamente sia l'eccessiva astrazione dell'approccio liberale, che sottovaluta le disuguaglianze sociali e culturali, sia l'ideologismo del divieto assoluto, che favorisce il ricorso a pratiche clandestine o all'estero. L'attenzione viene posta sull'effettività dell'autonomia della donna e sulla necessità di garantire condizioni concrete di libertà nella scelta, nonché sulla tutela della relazione tra gestante e nato, che si propone talvolta di valorizzare anche *post partum*, attraverso forme di riconoscimento giuridico, come il diritto di visita.

Nonostante le divergenze, tutti gli orientamenti concordano sulla necessità di distinguere il giudizio sull'accordo di GPA tra adulti, dalle conseguenze giuridiche per il minore nato a seguito di tale pratica. In conformità ai principi sanciti dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e alla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, si riconosce la preminenza del *best interest of the child*, da valutarsi caso per caso, senza che il bambino possa subire pregiudizio per comportamenti imputabili ad altri. In particolare, è stato affermato che negare il riconoscimento della genitorialità nei confronti del minore nato da GPA, anche all'estero, può configurare una violazione del principio di uguaglianza e del diritto alla vita familiare.

La pluralità di posizioni coinvolte determina un effetto diretto sull'individuazione del bene giuridico tutelato, spostando la discussione dottrinale dalla rilevanza etica della condotta e dell'incriminazione, alla verifica del rispetto del principio di offensività³³.

³² V. GATTUSO, *Gestazione per altri*, cit., 12 ss.

³³ Si veda approfonditamente *infra*, cap. II, par. 4.2.

3. L'inquadramento giuridico della maternità surrogata secondo l'ordinamento italiano.

L'approccio del legislatore italiano in materia di surrogazione di maternità è stato definito «neo-istituzionale»³⁴, in quanto incentrandosi sulla rilevanza della famiglia, sul rispetto del corpo umano e sulla tutela della dignità individuale, si è posto in una posizione di totale chiusura rispetto alla fattispecie in esame, che *a contrario*, se fosse legalizzata e regolarizzata, incrinerebbe la tutela posta a presidio di tali valori.

A fronte di questa impostazione del legiferante, autorevole dottrina³⁵ ritiene che i tre principi da considerare implicati in questa materia, ossia il principio-vita, il principio-persona e il principio-famiglia, non siano in diretto contrasto con la GPA, e pertanto sarebbe meglio regolamentarla più che vietarla in modo assoluto, così da garantire maggiore trasparenza e controllo sui procedimenti, limitando potenziali abusi e assicurando una migliore tutela dei soggetti coinvolti, inclusi i bambini nati tramite questa tecnica. Inoltre, regolamentare la GPA permetterebbe di fissare limiti precisi ed etici alla pratica, prevenendo fenomeni di sfruttamento economico e violazioni della dignità umana.

È possibile scorgere, però, l'opposto orientamento del legislatore italiano in materia già nelle prime proposte di legge, quali la proposta di legge Santosuosso del 1984 e la proposta di legge Busnelli del 1995, volte alla regolamentazione delle tecniche di fecondazione assistita, in cui la maternità surrogata era comunque considerata lesiva dei menzionati principi fondamentali.

La giurisprudenza successiva era del medesimo avviso, affermando il Tribunale di Monza nel 1989³⁶ la nullità degli accordi di surrogazione di maternità. Parziale inversione di tendenza vi fu con l'ordinanza del Tribunale di Roma del 2000³⁷, con cui si autorizzava un medico a procedere con l'impianto dell'embrione appartenente ad una coppia, nell'utero di un'altra donna, attraverso la concessione di un provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*³⁸. Caso, quest'ultimo, che rimase

³⁴ Cfr. FIORE, TOMASIELLO, ROBERTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 20.

³⁵ V. SCALISI, *Maternità surrogata*, cit., 1099 ss.,

³⁶ V. Trib. Monza, 27/10/1989, in *Il Foro Italiano*, 1990.

³⁷ V. Trib. Roma, Sez. XI, 14/02/2000, in *Il Foro Italiano*, 2000.

³⁸ Cfr. art. 700, R.D. n. 1443 del 1940, (Codice di procedura civile), «Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente

isolato e fu seguito dalla disciplina normativa in materia, ossia la legge n. 40/2004, la quale tratta in via generale la fecondazione artificiale e quindi tutte le tecniche di PMA, ma disciplina anche la maternità surrogata che è una tecnica di PMA particolare costituita da quelli che sono gli elementi propri di quest'ultima, ossia la fecondazione in vitro artificiale, e un elemento ulteriore, la *locatio ventris*³⁹. Mettendo fine al caos precedente l'art. 12, co. 6, sancisce il divieto di surrogazione di maternità prevedendo, a presidio dello stesso, sanzioni di natura penale. Il dispositivo della norma nella sua formulazione originaria prevede 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». La norma mostra la chiara scelta di assoluta avversione del legislatore rispetto alla materia, data anche la previsione di una sanzione pecuniaria assai aspra che affianca una sanzione di natura reclusiva.

È importante evidenziare come l'ordinamento italiano non operi alcuna distinzione tra gestazione per altri di tipo altruistico e commerciale, vietando entrambe le forme senza eccezioni. Al contrario, altri ordinamenti giuridici, tra cui quello britannico e quello canadese, ammettono la gestazione per altri in forma altruistica, ritenendo che l'assenza di scopo di lucro possa ridurre i rischi di sfruttamento e mercificazione del corpo umano⁴⁰. Tuttavia, la legge italiana, attraverso il divieto generalizzato sancito dall'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004, si è posta in aperto contrasto con questa impostazione, prediligendo un approccio di totale chiusura.

Il vuoto normativo, caratterizzato dalla presenza di una singola disposizione di divieto non è stato sufficiente ad evitare la pratica, ma al contrario essendo la disciplina italiana affiancata dalle previsioni in senso opposto di Stati europei ed

per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

³⁹ Come anticipato *supra*, cap. II, par. 2, con il termine *locatio ventris* si intende la pratica mediante la quale una donna mette a disposizione il proprio utero per portare a termine una gravidanza su incarico di terzi, senza che il nascituro sia considerato suo figlio. Tale pratica, tipica della maternità surrogata, e propriamente detta utero in affitto, si distingue dalla procreazione medicalmente assistita tradizionale in quanto comporta la dissociazione tra maternità genetica e maternità gestazionale.

⁴⁰ In merito si veda ampiamente *infra*, cap. II, par. 5.1.

extraeuropei che invece regolano la GPA e in alcuni casi la rendono molto agevole, l'accesso ad essa è stato incentivato all'estero.

Si è generato, infatti, l'effetto di cui si è già detto rispetto alla PMA e di cui si dirà più approfonditamente nel capitolo seguente, ossia lo svilupparsi del turismo procreativo per le donne sterili o che non possono portare a termine la gravidanza, e anche per le coppie omosessuali che in Italia non possono accedere alla pratica dell'adozione *ex art. 44 della l. n. 184/1983*. Tuttavia, il ricorso al turismo procreativo non ha generato soltanto un contrasto con i principi giuridici interni, ma ha sollevato anche gravi problematiche legate alla tutela dei minori nati attraverso tale tecnica all'estero. La mancanza di riconoscimento giuridico dei bambini nati tramite GPA nei Paesi esteri comporta significativi svantaggi sul piano della loro identità legale, del diritto alla bigenitorialità – con ciò intendendo il diritto del nascituro ad essere legalmente riconosciuto quale figlio non solo del genitore biologico ma anche del genitore solo committente – e, più in generale, del loro superiore interesse. Inoltre, l'assoluto divieto impedisce l'adozione di misure atte a tutelare i diritti fondamentali dei minori, esponendoli a situazioni di incertezza giuridica.

In ultimo, la sanzione prevista, seppur severa, è stata anch'essa inidonea a gestire l'evento fattuale una volta verificatosi, coinvolgente non solo la coppia, ma anche e soprattutto il figlio nato.

A tale fenomeno il legislatore non ha risposto come ha fatto per la PMA eterologa, ossia non intervenendo e lasciando lo spazio alla Corte costituzionale di sentenziare, ammettendo la pratica in modo da evitare gli effetti collaterali provocati dalla chiusura del testo normativo; ma al contrario, è intervenuto disciplinando ancor più aspramente la materia, prevedendo la punibilità per i cittadini italiani che accedano alla maternità surrogata anche all'estero.

Il tema segna un'importante svolta in controtendenza del nostro ordinamento giuridico, sia rispetto al panorama europeo, che rispetto ai vari interventi susseguitisi nel tempo dal 2009 della Corte costituzionale in tema di PMA, maggiormente aperti alle ipotesi di fecondazione artificiale. Tema, quello della riforma, che per la sua rilevanza merita una trattazione approfondita cui si dedicherà il successivo, nonché ultimo, capitolo della presente trattazione.

4. I lineamenti del reato di surrogazione di maternità (art. 12, comma 6, l. n. 40/2004).

La pratica di surrogazione di maternità costituisce nel nostro ordinamento giuridico una fattispecie di reato enunciata nell'art. 12, co. 6, della legge n. 40 del 2004. Introdurre la fattispecie all'interno del codice penale, anziché in una legge complementare, sarebbe utile sia per ragioni di chiarezza sistematica, sia per rendere più agevole l'individuazione del bene giuridico tutelato.

Per approfondire i lineamenti del reato di surrogazione di maternità bisogna esporre analiticamente quelli che sono gli elementi del reato in sé per sé astrattamente considerato e calarli nella fattispecie.

4.1. La dinamica plurisoggettiva della gestazione per altri e il problema dei soggetti attivi del reato.

Il primo fondamentale problema, che non rende agevole l'analisi della presente figura delittuosa, è la carenza di precisione con cui il legislatore ha provveduto all'incriminazione di un fenomeno medico e sociale segnato da una pluralità di momenti e comportamenti, prospettandosi in proposito il contrasto rispetto all'art. 25 della Costituzione⁴¹.

Le condotte incriminate verranno approfondite in seguito ma possiamo sin d'ora comprendere la complessità del fenomeno, in quanto caratterizzato da una progressione di momenti. Lo stesso prende vita con l'accordo tra la madre surrogata e il/i committente/i, si sviluppa con la sottoposizione della madre surrogata alle tecniche di PMA, si compie col parto e si conclude con la consegna del bambino ai genitori intenzionali. Questi singoli momenti che insieme costituiscono la fattispecie esaminata, potrebbero, se analizzati singolarmente, a loro volta essere declinati in modi differenti con riflessi rilevanti riguardo all'ambito di applicazione della legge penale. La prima fase è quella relativa all'accordo che potrebbe essere a titolo gratuito o a titolo oneroso e potrebbe coinvolgere sia due che più soggetti.

⁴¹ Cfr. 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. e proc. pen.*, 2021, 3, 1048.

Potrebbe configurarsi un accordo tra la madre surrogata e un committente, oppure tra la prima e una coppia di committenti, o potrebbe esservi la presenza di donatori femminili e/o maschili di gameti e inoltre anche un mediatore chiamato a facilitare l'incontro delle diverse volontà ed esigenze e ad occuparsi dell'organizzazione potrebbe essere coinvolto.

La fase che vede la madre surrogata sottoposta alle tecniche di PMA, ovviamente, oltre al necessario coinvolgimento della stessa, implica quello del personale medico e può articolarsi in modo differente a seconda che l'ovocita appartenga alla donna stessa oppure alla madre committente o ad una terza donatrice. Lo stesso accade per gli spermatozoi maschili che potrebbero, come detto, appartenere tanto al committente quanto a un terzo donatore.

L'ultima fase, quella della "consegna", che determina la conclusione della pratica, coinvolge le parti dell'accordo e, oltre a possibili intermediari che provvedano alla cessione, coinvolge anche il nascituro⁴².

Pertanto, vi sono una pluralità di soggetti coinvolti e una pluralità di condotte rilevanti che la norma, con la sua scarsa precisione, non permette di individuare adeguatamente, determinando un ampio spazio di incertezza rispetto alla sussumibilità nella fattispecie di determinate condotte e soggetti, offuscando la distinzione tra i c.d. "casi familiari" e i c.d. "casi limite"⁴³ e lasciando quindi al giudice un ampio margine di discrezionalità soprattutto nella determinazione delle condotte penalmente rilevanti e nell'individuazione del momento di consumazione del reato.

Un elemento selettivo della responsabilità penale del reato in esame è quello soggettivo. Trattandosi di un reato doloso potrà risponderne solo chi agisca con la consapevolezza e volontà di porre in essere una delle condotte incriminate dalla norma e pertanto penalmente rilevanti. È necessario che il soggetto sappia che

⁴² Sul tema TIGANO., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico*, cit., 1048 ss.

⁴³ Si veda HART, *The Concept of Law*, 2^a ed., Oxford, 1994, 124 ss., citato da TIGANO., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico* cit., 1049, Questa imprecisione determina «l'offuscamento della distinzione [...] tra i "casi-familiari" (plain cases), ossia quelli che i giudici dovrebbero essere in grado di ricondurre agevolmente alla sfera del significato nucleare del precetto, mediante una deduzione logica, e i "casi limite" (borderline cases), ossia quelli controversi la cui riconducibilità alla norma dipende da una precisa scelta dell'interprete fondata sul bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco».

quello in atto non è solo una pratica di medicina riproduttiva, bensì l'esecuzione dell'accordo di surrogazione.

Ultima considerazione che merita di essere qui svolta è quella riguardante il profilo del soggetto attivo, su cui vi sono prospettive plurime e divergenti. Il delitto di surrogazione di maternità da una prima lettura risulterebbe essere un reato comune, ossia potrebbe essere compiuto da chiunque, non essendo previsto nella norma che il soggetto agente rivesta un determinato ruolo o abbia specifici obblighi di garanzia. Oltre alla certa responsabilità penale del professionista esercente la professione sanitaria che compie una delle condotte rilevanti o pratica esso stesso le tecniche di PMA al fine della realizziamone della GPA, si è discusso, però, riguardo la punibilità dei genitori intenzionali e della donna gestante⁴⁴. Il dispositivo normativo sembrerebbe sanzionare solo coloro i quali traggono un profitto dalla realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione, ma al successivo comma 8, nell'escludere la punibilità di uomini e donne cui sono applicate le tecniche di PMA nei casi cui ai commi 1, 2, 4 e 5, non menziona il comma 6, lasciando quindi intendere che siano punibili anche le donne e gli uomini che praticino la gestazione per altri.

Tuttavia, in merito, la Corte d'appello di Messina nel 2016⁴⁵ ha accolto una diversa lettura secondo cui la realizzazione come condotta rilevante non appare applicabile alle persone che si sottopongono alla PMA. Per la Corte già dal dispositivo dovrebbe evincersi che la realizzazione si riferisce alla struttura sanitaria che attraverso il proprio personale mette in atto la pratica. Riguardo infatti a un'operazione di natura medica che implica conoscenze e strumentazioni tecniche, la realizzazione non si riferisce propriamente a chi fruisce della stessa, ma piuttosto a chi la mette in atto. E conseguentemente la sanzione non dovrebbe essere indirizzata né ai committenti né alla gestante. Altro elemento a tale favore consiste nella sproporzione dell'entità della sanzione che sarebbe la stessa sia per soggetti che traggono un profitto dalla pratica, quali intermediari e cliniche, le quali

⁴⁴ Sul tema GATTUSO, *Gestazione per altri*, cit., 25 s.; LOSAPPIO, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in *Sistema Penale*, 2023, 6 s.

⁴⁵ V. Corte App. Messina, 18/07/2016, in *Articolo29*: «già sul piano letterale pare evidentemente riferita alla struttura sanitaria (e/o commerciale) che mette in atto la pratica, con una organizzazione e gestione di mezzi e persone, per soddisfare la richiesta proveniente dalle coppie che non siano riuscite a soddisfare in altro modo il bisogno di genitorialità».

effettivamente realizzano e promuovono la GPA, che per le parti private, semplici fruitrici della tecnica procreativa. In ultimo i sostenitori di tale tesi⁴⁶ hanno ritenuto che il mancato richiamo dell'art. 8 al comma 6 potrebbe confermare che quest'ultimo, nella sua stessa lettera, escluda il riferimento ai genitori intenzionali.

Secondo questa interpretazione restrittiva, dunque, il reato si configurerebbe come reato proprio monosoggettivo, commesso esclusivamente dal medico o dal personale sanitario che esegue materialmente l'intervento di procreazione medicalmente assistita in funzione surrogatoria. In questa prospettiva, tutti gli altri soggetti coinvolti – per quanto partecipi alla vicenda – non potrebbero qualificarsi come autori del reato, ma al più come concorrenti eventuali ai sensi degli artt. 110 ss. c.p.

Tale qualificazione, tuttavia, secondo altra parte della dottrina⁴⁷ si fonda su una concezione riduttiva della condotta penalmente rilevante, intesa come mero intervento tecnico e medicalizzato. Questa impostazione sembra eludere il principio per cui non può configurarsi un concorso di persone nel reato a carico di soggetti che pongono in essere condotte che, pur espressamente o implicitamente contemplate dal legislatore nella struttura del fatto tipico, non sono state formalmente incriminate. Se, infatti, il legislatore ha scelto di non sanzionare espressamente tali condotte, ciò deve ritenersi manifestazione di una precisa volontà politico-criminale di escluderle dall'area del penalmente rilevante. È questo il noto argomento della non punibilità implicita del soggetto necessario, che trova conferma in giurisprudenza e dottrina, ad esempio in tema di corruzione impropria susseguente. Applicando tale criterio, risulta allora problematico fondare la punibilità dei soggetti diversi dal medico esclusivamente sul concorso eventuale, laddove le loro condotte risultano necessarie alla realizzazione della pratica e tuttavia non autonomamente incriminate. Tali figure non si limitano a svolgere un ruolo passivo, bensì contribuiscono attivamente alla costruzione dell'intera operazione, articolata in una fase genetica, una fase gestazionale, e una fase relazionale (culminante con la consegna del nato). Ne consegue la proposta, sempre

⁴⁶ Sul tema GATTUSO, *Gestazione per altri*, cit., 26.

⁴⁷ Tale lettura è ampiamente esposta da SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 4, 1550 ss.

più autorevolmente sostenuta in dottrina, di leggere il reato di surrogazione non come un reato proprio monosoggettivo, ma come un reato plurisoggettivo proprio, che implica il concorso necessario di una pluralità di soggetti. In questa prospettiva, la condotta tipica non si esaurisce nell'intervento medico, ma abbraccia anche l'accordo contrattuale, la fornitura di materiale genetico, la disponibilità alla gestazione e la consegna finale del nato, tutti atti che concorrono a definire l'identità e la gravità del fatto penalmente rilevante. Questi soggetti devono allora essere considerati, secondo tale lettura, non solo soggetti del fatto, ma anche soggetti della condotta penalmente rilevante, ciascuno secondo il proprio ruolo. La loro punibilità non richiede più il ricorso alle norme sul concorso, ma discende direttamente dall'essere parte di una condotta complessa, unitaria e strutturalmente plurima. Si tratta dunque di un reato naturalmente plurisoggettivo, nel quale la pluralità di agenti non è meramente eventuale ma ontologicamente necessaria.

Ulteriore conferma indiretta si rinviene nell'art. 12, comma 8, della medesima legge, che esclude la punibilità di chi si sottopone alle tecniche di PMA nei soli casi previsti dai commi 1, 2, 4 e 5, ma non nel caso previsto dal comma 6 (surrogazione di maternità). Tale esclusione segnala che, nella volontà del legislatore, i soggetti coinvolti nella surrogazione (committenti, gestante, donatori) non godono di esoneri di responsabilità, pur potendo rientrare tra i soggetti ai quali sono applicate tecniche di PMA e che possono essere sottoposti a sofferenze fisiche e psicologiche. Ciò rafforza l'idea che essi siano direttamente punibili non per concorso in un fatto altrui, ma per la loro autonoma partecipazione alla condotta illecita complessiva.

Sul tema non sussiste, pertanto, una risposta definitiva e univoca: se da un lato permane una lettura restrittiva che limita la responsabilità al solo personale medico, dall'altro si affermano sempre più in dottrina e giurisprudenza visioni più inclusive, che valorizzano il contributo essenziale di tutti i soggetti coinvolti nella pratica surrogatoria. La tesi che qualifica la surrogazione come reato plurisoggettivo proprio, o addirittura come reato comune, sembra oggi offrire una ricostruzione più aderente alla struttura effettiva del fatto e più coerente con l'intento repressivo del legislatore. Essa consente di riconoscere la punibilità diretta anche dei soggetti che, pur non realizzando materialmente l'intervento medico,

contribuiscono in modo determinante alla sua ideazione, attuazione e finalizzazione. In tal modo, viene superata l'impostazione che fonda la responsabilità dei committenti e della gestante esclusivamente sul concorso eventuale, a favore di una qualificazione piena, fondata sulla centralità del loro apporto nella configurazione del fatto tipico.

4.2. Il bene giuridico protetto e il rispetto del principio di offensività.

Il diritto penale, per sua stessa natura, è finalizzato a proteggere determinati beni giuridici mediante l'imposizione di sanzioni penali, le quali devono perseguire scopi di prevenzione del reato, sia speciale che generale. L'individuazione dei comportamenti da sanzionare si basa sulla loro capacità di ledere o mettere in pericolo beni giuridici che il legislatore ritiene meritevoli di adeguata tutela.

Il principio di offensività richiede che, affinché una fattispecie possa essere disciplinata dal diritto penale, essa debba riguardare un comportamento idoneo a ledere un bene giuridico, inteso come una situazione di fatto o giuridica dotata di valore, suscettibile di modificazione e, quindi, vulnerabile all'azione dell'uomo⁴⁸. È esclusivamente sulla base di questo principio che il legislatore può attribuire rilevanza penale a una condotta o a un evento, non potendo mai punire qualcuno semplicemente per ciò che è o per ciò che desidera.

Il reato cui all'art. 12, co. 6, andrebbe ricondotto tra gli "illeciti di concepimento"⁴⁹, in quanto volto a ostacolare e negare la possibilità di gestazioni e nascite considerate inopportune.

Secondo autorevole dottrina⁵⁰, si giunge a questa conclusione in quanto le condotte in questione siano lesive della dignità della gestante, alludendo al diritto fondamentale alla dignità di primaria importanza nel nostro ordinamento giuridico.

⁴⁸ Sul punto si veda approfonditamente MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 10 s.

⁴⁹ In argomento VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, *Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, in DOLCINI, FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO, SGUBBI, (diretto da) *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2015, 50; ID, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, 239; TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico*, cit., 1050.

⁵⁰ Sul tema si vedano gli autori a cui si farà ampio riferimento di seguito nell'esposizione delle specifiche posizioni dottrinali.

La dignità è di per sé un concetto di cui è difficile tracciare il contorno giuridico e ancor più lo è nel caso di specie.

Potrebbe, per esempio, considerarsi lesa nella sua dignità la madre c.d. “vulnerabile”, versante in stato di bisogno⁵¹ e conseguentemente spinta a stipulare l’accordo di surrogazione in cambio di un qualche genere di profitto⁵². Pertanto, l’offesa qui configurata sarebbe sovrapponibile al bene giuridico della personalità individuale⁵³, in quanto data sia dallo sfruttamento della vittima per la procreazione di un figlio che non sarà suo, sia dall’approfittare della condizione di vulnerabilità socio-economica della stessa. Se questo fosse il bene giuridico alla base dell’incriminazione, non dovrebbero rientrare all’interno della fattispecie di reato né l’ipotesi di GPA in cui la donna agisca spontaneamente e senza una remunerazione, né quella in cui la donna, pur agendo in vista di un corrispettivo, lo faccia per una scelta consapevole e in assenza di una situazione di bisogno: infatti, mancando l’elemento dell’approfittamento della situazione di bisogno della gestante, in entrambi i casi considerati, non si configurerebbe una lesione della sua dignità e autodeterminazione.

Visione, quest’ultima, non condivisa da coloro i quali ritengono invece necessaria, e anche sufficiente, la sola presenza dello sfruttamento del suo corpo, ridotto a merce di scambio, affinché sia integrata la violazione della dignità della gestante⁵⁴. Lettura, questa, tra l’altro, fedele al dispositivo normativo che tace in merito agli elementi volitivi e alla situazione in cui deve trovarsi la gestante, condannando la pratica in sé per sé considerata.

La *ratio* dell’incriminazione assoluta della GPA sarebbe, allora, il frutto della considerazione secondo cui non può per sua natura considerarsi libera la scelta

⁵¹ Si veda DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù*, cit., 31 e 37. «nelle fattispecie che in Italia sono classificate come delitti contro la personalità individuale, l’elemento dell’abuso delle condizioni esistenziali della persona compare come costitutivo del disvalore penale dell’offesa, come nota modale che accompagna la condotta di sfruttamento alla quale la vittima soccombe, già piegata proprio da quella condizione esistenziale». «La connessione fra bisogno (come mancanza di mezzi) e vulnerabilità sta in ciò, che le singole cause personali, economiche, sociali, di vulnerabilità possono determinare una condizione di bisogno».

⁵² V. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2015, 3, 928.

⁵³ Si veda TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico*, cit., 1051.

⁵⁴ In questo senso CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, vol. n. VII, Torino, 2011, 652; CANESTRARI, *Biodiritto (diritto penale)*, in *Enc. Del dir.*, Annali, vol. n. VIII, Milano, 2015, 110.

di vendere o prestare il proprio corpo, nel rispetto dei principi di autodeterminazione e dignità, che, però, così considerati finiscono per determinare l'ambito massimo di espansione delle possibilità dell'individuo di scegliere la propria dimensione volitiva e corporale. L'autodeterminazione del soggetto terminerebbe e soccomberebbe in quella zona d'ombra in cui la stessa non sarebbe più sovrapponibile alla sua dignità, la quale assumerebbe, secondo tale interpretazione, una dimensione oggettiva.

Emerge qui chiaramente il problema del paternalismo penale, quello di uno Stato che incide, o invade⁵⁵, la sfera delle scelte individuali, ritenendo di poter determinare ciò che sia giusto o meno per l'individuo e imporgli tale valutazione di valore, riempiendo di contenuto un concetto, quello della "dignità", per sua natura caratterizzato da indeterminatezza⁵⁶. Invasione, forse, compiuta anche in nome di una morale pubblica che, in contrasto con il principio di laicità, imporrebbe all'individuo dei limiti stringenti alla propria autodeterminazione in funzione di una visione di famiglia "naturale", appartenente solo ad una parte della società, ma fatta propria dal legislatore. Implicando in questo modo lo sgretolarsi della dimensione libertaria dell'individuo e finendo per ledere, ancor più, la sua dignità⁵⁷.

Queste problematiche relative al valore dignità della donna si fanno ancor più rilevanti nell'ipotesi in cui non sia integrata la fattispecie dell'utero in affitto propriamente detta in cui la madre surrogata fornisca solo il proprio corpo, ma la gestante sia anche la madre biologica del nascituro in quanto titolare dei gameti. Tra l'altro questa fattispecie non differisce nella sostanza da quella del "mandato a procreare"⁵⁸, che però a differenza della prima non costituirebbe ipotesi di reato.

La norma in esame, in ossequio ad un'interpretazione fedele al dispositivo non riferendosi specificatamente ad alcuna condizione della donna o a modalità di

⁵⁵ Si vedano in senso critico CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011; GIUNTA, *La prostituzione: fra fatto e diritto*, in *Giust. Pen.*, 2013, 7, 476; CADOPPI, *Liberalismo e prostituzione*, in MANTOVANI, CURI, TORDINI CAGLI, TORRE, CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 4;

⁵⁶ Sul punto si veda approfonditamente VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 150.

⁵⁷ In tal senso, si veda DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2006, 28 ss. e 35, secondo cui dignità significa sia che «ogni vita umana ha un suo particolare valore oggettivo. Ha valore come potenzialità» sia che l'uomo ha diritto «di non dipendere dalla volontà altrui nel prendere tali decisioni».

⁵⁸ Si veda *infra*, cap. II, par. 4.3.; sul tema VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 148 s.

condotta, condanna ogni forma di maternità surrogata integrata in tutti i suoi elementi costitutivi, sia essa gratuita che non. Interpretazione che sembrerebbe, pertanto, aderire alla concezione di dignità da ultimo descritta, prevalendo, questa, anche sull'ipotesi di surrogazione solidaristica.

Quello della surrogazione di maternità è comunque considerato quale reato plurioffensivo: nella fase della consegna del nascituro dalla madre surrogata alla madre sociale, può essere lesa l'interesse, altrettanto bisognoso di tutela, del nascituro⁵⁹. Un primo elemento rilevante consiste nei possibili danni psicologici che potrebbero costituirsi in capo al minore in vista dell'avvenuta dissociazione della figura materna; infatti, la madre gestante e la madre sociale sarebbero sicuramente scisse, potendo addirittura essere presente una "terza madre", quella biologica, con la conseguente totale disgregazione del concetto di maternità⁶⁰. D'altro canto, nel merito vi è chi sostiene la non fondatezza di tali teorie, ritenendo che l'amore genitoriale e la volontà alla procreazione, presenti in una coppia, siano gli elementi volti a garantire una sana crescita psico-emotiva del figlio⁶¹.

In gioco, vi è anche il diritto del minore a conoscere le proprie origini biologiche⁶², che però potrebbe essere adeguatamente tutelato grazie all'applicazione delle norme sull'adozione già vigenti, secondo cui, ex art. 28, l. n. 184/1983, è garantito l'accesso alle informazioni biologiche fatto salvo il diritto all'anonimato della madre⁶³.

Qui si apre un interessante tema che accomuna sia la GPA che la PMA, ossia l'interesse alla tutela del minore in presenza di pratiche di procreazione artificiale

⁵⁹ In argomento si veda VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 148s; TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico*, cit., 1055.

⁶⁰ V. BRUNO, CALZOLARETTI, FONDI, OLIVA, SCANU, *Nuove genitorialità*, cit., 258 ss.; DELLA MONICA «La gestazione per altri può generare complessità emotive e mettere a rischio i legami familiari, poiché la separazione tra il bambino e la madre surrogata può causare disagio e conflitti emotivi», citata in GRIMOLDI, *La psicologia della gestazione per altri. Perché si può non dire di no (a certe condizioni)*, in *AltraPsicologia.it*, 2023.

⁶¹ Sul punto SARACENO, *Coppie e famiglie.*, cit., 68 s.; PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, 4, 1372: «Per il nuovo nato l'interesse primario è potere entrare nella famiglia del genitore che lo ha voluto far nascere e (a differenza della donna che lo ha partorito) vuole tenerlo come figlio».

⁶² Cfr. CASINI M., CASINI C., *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita* in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, 142.

⁶³ V. art. 28, co. 7, l. n. 184 del 1983, «L'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396».

che diviene prevalente sul diritto della madre di non essere nominata nell'atto di nascita. Mentre ciò è ammesso normalmente nel nostro ordinamento giuridico ex art. 30, co. 1, del d.P.R. n. 396/2000⁶⁴, l'art. 9, co. 2, della l. n. 40/2004 stabilisce il divieto per la madre di chiedere di non essere nominata, ciò sia per valorizzare e rendere consapevole al meglio la scelta volitiva dei genitori, sia per garantire certezza nelle relazioni familiari così costitutesi e sia per tutelare i diritti del nato. La maternità surrogata potrebbe inserirsi perfettamente in questo ambito ponendo, però, il problema, che forse il legislatore mira ad evitare con tale assoluto divieto, del raggirio di tale previsione⁶⁵. La madre solo gestante potrebbe nascondere le modalità del proprio concepimento a chi non vi abbia preso parte, consegnando il minore alla coppia committente e anche titolare del materiale genetico, "scomparendo", così, completamente per il nascituro.

In ultimo rileva nuovamente la tutela della dignità, ma stavolta in riferimento al nascituro, ritenendo sia doveroso evitare che esso sia ridotto a una "cosa commerciabile e commissionabile"⁶⁶. In merito a questo tema è utile, per alimentare dei dubbi, riferire all'ipotesi di semplice "mandato a procreare", ossia una gravidanza naturale, non ottenuta attraverso le tecniche di PMA, in cui poi la madre consegna il nato ai committenti. La *ratio* di tutela del minore è infatti comune a entrambe le ipotesi, l'elemento che differisce è quello dell'artificialità della procreazione nella maternità surrogata. Pertanto, secondo autorevole dottrina⁶⁷ sarebbe proprio quest'ultima che il legislatore vorrebbe disincentivare, ritenendo la fecondazione artificiale nuovamente subalterna rispetto a quella naturale e carica di un disvalore intrinseco che addirittura in ipotesi di cessione del nascituro può essere discriminante tra quello che è un reato e quello che non lo è.

Prescindendo dal valore dignità, una possibile *ratio* che è stata ritenuta più plausibilmente riconducibile alla presente incriminazione è quella della prevenzione dell'instaurazione «di una situazione non pienamente giuridicizzabile

⁶⁴ V. art. 30, co. 1, d.P.R. n. 396 del 2000: «La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata».

⁶⁵ V. TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico*, cit., 1057.

⁶⁶ Sul tema MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *La legislazione penale*, vol. n. XXV, 2005, 3, 337.

⁶⁷ Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 149.

per intima vocazione esposta al rischio di contenziosi non riconducibili in termini costituzionalmente compatibili»⁶⁸. Con tale assunto ci si riferisce alla possibilità che sorga un contenzioso, riguardo l'appartenenza del nato, tra la madre surrogata e la madre committente, in ipotesi di maternità surrogata totale, ossia di utero in affitto. Entrambe le pretese di maternità in gioco risultano conformi alla dignità costituzionale: la prima consiste nella maternità biologica e sociale di una madre che ha fornito i propri gameti e ha intenzione di essere riconosciuta come tale; la seconda si sostanzia nella maternità gestazionale, quella propria della madre che ha comunque creato un legame con il nascituro da lei portato in grembo. Ipotesi diversa da questa sarebbe quella della maternità surrogata propriamente detta in cui la madre gestante è anche madre biologica, in questo caso sarebbe solo in capo a lei che potrebbe parlarsi di maternità, risultando la madre committente solo una donna con volontà di essere madre.

Nel primo caso quindi il reato sarebbe legittimato dalla strumentalità ad evitare situazioni «radicalmente inconciliabili» riguardo il concetto di maternità⁶⁹.

Considerando il quadro complessivo, appare lecito interrogarsi sulla reale compatibilità della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004 con il principio di offensività, soprattutto laddove la condotta venga punita indipendentemente dalla lesione concreta o dal pericolo effettivo per un bene giuridico determinato. Se infatti la norma si limita a vietare in modo assoluto qualsiasi forma di maternità surrogata, prescindendo dalla situazione soggettiva della gestante, dall'eventuale consenso informato e dalla presenza o meno di uno sfruttamento, si rischia di configurare un reato privo di reale offensività, fondato su presupposti meramente simbolici o ideologici. La dignità, pur richiamata quale bene giuridico tutelato, assume in questa prospettiva un significato astratto e oggettivato, tale da sovrastare l'autodeterminazione del soggetto, piuttosto che esserne garanzia.

Inoltre, accanto alle letture suddette e più tradizionali, vi è chi riscontra il bene giuridico tutelato nello stato di famiglia e nella moralità pubblica⁷⁰ che, oltre a porre rilevanti questioni in merito al bilanciamento dei diritti in gioco in ambito

⁶⁸ Si veda sul tema VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 150 ss.

⁶⁹ Cfr., VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 153.

⁷⁰ Si veda *infra*, cap. III, par. 5.1.

nazionale, è ad oggi oggetto di attenta riflessione data l'estensione extraterritoriale dell'applicazione della fattispecie in esame.

Ci si chiede allora se la norma in esame persegua effettivamente uno scopo di tutela penale conforme ai principi costituzionali, o se, al contrario, si tratti di una incriminazione che cela un intento di controllo etico-sociale, alimentando un paternalismo normativo che si pone in tensione con i fondamenti stessi del diritto penale liberale⁷¹.

4.3. Le condotte punibili e il momento di consumazione del reato.

La fattispecie della surrogazione di maternità è costituita, come già ampiamente esposto, da un accordo stipulato precedentemente alla gestazione tra madre surrogata e committente/i e dall'uso di tecniche di PMA che determinano una fecondazione artificiale e il successivo impianto nell'utero della madre surrogata dell'embrione. La madre surrogata porterà a termine la gestazione ed il parto, consegnando, poi, il nascituro ai committenti, in base all'accordo stipulato in precedenza.

La fattispecie è di per sé caratterizzata da una forte complessità, data dal susseguirsi di diversi momenti rilevanti e caratterizzati da una propria autonomia, e l'art. 12, co. 6, nonostante la scarsa precisione nell'individuazione dei limiti della figura di reato, specifica tre distinte condotte punibili con la sanzione della reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 600.000 a un milione di euro.

Va premesso che la surrogazione di maternità è un delitto di mera condotta, ossia affinché si consumi non è necessario il verificarsi di un determinato evento, ma è integrato dal compimento di una delle tre alternative condotte previste dal dispositivo: realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione di maternità.

La prima condotta punibile consiste nella realizzazione di pratiche di surrogazione di maternità, ossia nella conduzione di una gestazione da parte di una

⁷¹ Per un approfondimento generale in tema di laicità del diritto penale v. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire», Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, in FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO (a cura di), *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2008, 25 ss.; in argomento di surrogazione di maternità si veda TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, in *Leg. Pen.*, 2024, 9 ss.

donna al fine di consegnare il nato al committente. Riguardo, però, all'integrazione di tale condotta esistono vedute divergenti. Secondo parte della dottrina⁷², è sufficiente, affinché sia integrata la fattispecie di reato nella sua completezza, la semplice attivazione del protocollo sanitario con la fecondazione in vitro e l'impianto dell'ovulo fecondato nell'utero della madre surrogata; secondo una diversa opinione⁷³, invece, l'intervento medico è condizione necessaria ma non sufficiente per la realizzazione della GPA, dovendo sussistere sia l'accordo precedente che la consegna ultima del neonato. La maternità surrogata potrebbe configurarsi, secondo tali autori, come una doppia sostituzione, la prima in cui la madre surrogata porta avanti la gestazione per un'altra donna, la seconda in cui la donna committente subentra come madre alla gestante, ed è per questo che al mancare di una delle due sostituzioni non si configurerebbe la GPA e quindi sarebbe necessaria la seconda lettura della fattispecie, maggiormente restrittiva.

È certamente da escludersi che sia punibile il solo accordo di surrogazione, per rendere, tale contratto, di per sé penalmente illecito, il legislatore avrebbe, infatti, dovuto specificare tale divieto⁷⁴. Questa lettura, che accomuna la maggior parte degli autorevoli studiosi della materia, è assolutamente coerente con il disvalore proprio della fattispecie, che è da riscontrarsi all'interno della fase esecutiva e non in quella meramente formale e preventiva.

La surrogazione di maternità è un reato a forma libera e, pur essendo generalmente compiuto attraverso la fecondazione in vitro e in generale le tecniche di PMA, secondo un primo orientamento⁷⁵ non è da escludersi che lo stesso possa essere integrato dal compimento di condotte naturali volte alla consegna del nato al committente. In queste ipotesi il delitto di GPA si porrebbe in rapporto di specialità, in quanto l'accordo di consegna sarebbe antecedente al parto, rispetto al più generale insieme dei delitti in materia di affidamenti illeciti dei minori⁷⁶. Secondo

⁷² Cfr. DOLCINI, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Carlo Flamigni e Maurizio Mori*, in *Notizie di Politeia*, 2014, 3, 81 s.; VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 144 s.

⁷³ Sul tema SPENA, *Una storia semplice?*, cit., 1543; DI NINO, *Verso un diritto penale onnipotente?* Cit., 96.

⁷⁴ V. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 144.

⁷⁵ Si veda FARRI, *Il divieto di surrogazione di maternità come reato universale. Profili giuridici*, in *www.centrostudilivattino.it*, 2023.

⁷⁶ Cfr. artt. 71 ss, l. n. 184 del 1983.

altra dottrina⁷⁷, invece, questa condotta di cessione di un nato, dopo una naturale gestazione precedentemente concordata, rientrerebbe in altre distinte fattispecie di reato, a seconda di come si faccia risultare il figlio appartenente a soggetti che non ne sono realmente i genitori, spaziando tra le ipotesi di alterazione di stato, che eventualmente potrebbe configurarsi quale reato concorrente, di affidamento illecito o di riduzione in schiavitù.

L'assenza di specificità ulteriori nel dispositivo rende punibile la presente condotta svolta in base ad un accordo sia esso a titolo gratuito che oneroso, potendo al massimo questi elementi incidere in fase di determinazione della sanzione.

In questa fattispecie si darebbe vita a un reato di danno vero e proprio in offesa del bene giuridico tutelato.

La seconda condotta rilevante è quella dell'organizzazione, ossia della realizzazione di atti volti a rendere effettivamente possibile il verificarsi della surrogazione di cui alla prima condotta, è un'attività sostanzialmente di supporto logistico e gestionale, esercitabile attraverso, per esempio, la mediazione tra i soggetti coinvolti, oppure la fornitura di materiali, strutture e professionisti funzionali al compimento delle pratiche necessarie.

La terza e ultima condotta rilevante, quella della pubblicità, consiste nella divulgazione, ad una pubblica platea, di informazioni riguardo la GPA e la possibilità di organizzare la realizzazione effettiva della surrogazione: dando, ad esempio, pubblicamente, notizia di strutture o di soggetti che pratichino la suddetta attività, oppure offrendosi al pubblico, una donna, come madre gestante.

Le due ultime condotte, a differenza della prima, danno luogo a reati di pericolo, in quanto i beni giuridici tutelati non sono ancora lesi, ma si creano le condizioni che potrebbero portare a tale danno; il legislatore sembrerebbe aver anticipato la tutela a un momento quindi antecedente alla lesione del bene giuridico data la rilevanza dello stesso.

Le condotte in questione sembrerebbero solo attive, ma sarebbe possibile, in realtà, la configurazione della punibilità anche a titolo omissivo da parte di quei soggetti eventualmente titolari di obblighi giuridici di garanzia rispetto al bene

⁷⁷ In tal senso VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., 144.

giuridico tutelato⁷⁸. Infatti, in questo senso il reato si configurerebbe come omissivo improprio, in quanto sussisterebbe il mancato compimento di un'azione giuridicamente imposta per impedire il verificarsi dell'evento. L'art. 12, co. 6, vietando la surrogazione di maternità attraverso una fattispecie "a forma libera", è interpretato in combinato disposto con l'art. 40, co. 2, c.p., norma di parte generale del codice penale la quale stabilisce che «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo»⁷⁹. Potrebbe, ad esempio, configurarsi la responsabilità penale in capo al dirigente della clinica ove vengano compiute pratiche di GPA o attività funzionali alla stessa.

Le condotte eventualmente tenute in una fase successiva alla consumazione del reato, *post delictum*, sono da considerarsi irrilevanti, così come quelle tenute nelle fasi preliminari che non evolvono neppure in un tentativo di reato.

In ultimo, infatti, il delitto di surrogazione è punibile anche nella forma del tentativo se, *ex art. 56 c.p.*, sono commessi atti idonei e diretti in modo non equivoco a compiere le condotte incriminate senza che le stesse vengano portate a termine. Ciò accade, ad esempio, quando si realizzino soltanto alcuni atti coordinati a definire un protocollo di PMA per fini di surrogazione, ma non sia possibile poi procedere con l'impianto per ragioni diverse da scelte volontarie dei soggetti coinvolti.

Ovviamente, le presenti considerazioni sono rilevanti per i riflessi che hanno sul tema della consumazione del reato. Infatti, per coloro i quali ritengono integrata la realizzazione di surrogazione col solo intervento medico, il reato risulterà consumato al momento di inizio della gravidanza, dopo l'impianto dell'ovulo fecondato e quindi al termine dell'intervento medico. Per coloro che, invece, ritengono siano necessari gli altri elementi suddetti, ossia l'accordo di surrogazione e la consegna, il reato potrebbe consumarsi al momento della consegna del nascituro dalla madre surrogata ai committenti, oppure, basandosi sulla disciplina vigente in Paesi in cui la GPA è legale, potrebbe consumarsi al momento del concepimento con il contestuale acquisito di tutti i diritti genitoriali in capo ai committenti.

⁷⁸ Cfr. FARRI, *Il divieto di surrogazione di maternità*, cit., 2023.

⁷⁹ Per un approfondimento in materia si veda MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 290 ss.

In argomento un intervento, forse, chiarificatore è quello della Cassazione che nel 2020⁸⁰ ha per la prima volta affrontato il tema delle condotte incriminate e ha individuato il momento consumativo del reato nella nascita del minore, considerando sussumibili nel reato anche le condotte antecedenti e ad essa collegate e funzionali, quali l'accordo di surrogazione.

In conclusione, il reato di surrogazione di maternità è un reato plurisoggettivo, a forma libera; un delitto doloso, plurioffensivo e di mera condotta. Ma la fattispecie si presenta articolata e ancora difficilmente inquadrabile con chiarezza entro i confini dell'art. 12, co. 6, della legge n. 40/2004. Le condotte punibili, pur individuate dal legislatore, sollevano interrogativi interpretativi rilevanti, specie in merito al momento consumativo del reato e alla rilevanza dei singoli passaggi della pratica. Resta da chiedersi se l'attuale assetto normativo sia davvero idoneo a rispondere alle sfide poste dall'esigenza di conciliare le esigenze di tutela con la complessità bioetica e sociale della GPA, o se non sia ormai necessario un ripensamento più ampio della materia o quantomeno un intervento chiarificatore del legislatore in merito alla normativa vigente.

4.4. Il *locus commissi delicti* (rinvio).

La crescente diffusione del fenomeno del c.d. turismo procreativo, con il quale molte coppie italiane si rivolgono a cliniche estere per accedere a pratiche di procreazione medicalmente assistita – tra cui, in particolare, la maternità surrogata – ha reso centrale la questione dell'individuazione del *locus commissi delicti* e dell'ambito spaziale di applicazione della legge penale italiana.

La surrogazione di maternità è infatti diversamente disciplinata nei Paesi esteri, alcuni ordinamenti la vietano in modo assoluto e prevedono aspre sanzioni, così come accade in Italia, altri in modo più blando, prevedono una fattispecie criminosa con un ambito applicativo più ridotto e con sanzioni di natura amministrativa, altri Stati la disciplinano ammettendola legalmente e la incentivano, altri ancora la tollerano, senza nulla disporre⁸¹.

⁸⁰ Si veda Cass. pen., Sez. III, 28/10/2020, n. 5198, in *DeJure*.

⁸¹ Si rinvia per un approfondimento sul tema al cap. II, par. 5.

Tale disorganicità sul piano internazionale genera il problema della realizzamone della GPA all'estero e della punibilità in Italia. Questioni non ve ne sono, nell'ipotesi i cui anche solo una frazione della condotta venga posta in essere in Italia, perché in questo caso sarà integrata la nozione di fatto commesso nel territorio dello Stato e conseguentemente potrà applicarsi la normativa italiana.

Il problema sorge se la condotta illecita in Italia sia realizzata integralmente all'estero in Paesi che la consentono o addirittura la promuovono, ponendosi, infatti, la questione della punibilità, in Italia, di condotte che risultano lecite secondo la *lex loci*.

In tale contesto, la questione si intreccia inevitabilmente con la c.d. *vexata quaestio* della doppia incriminazione, ossia della necessità che il fatto sia considerato reato sia nell'ordinamento italiano che in quello straniero affinché possa trovare applicazione la legge penale nazionale. La tematica presenta rilevanti profili di complessità, legati sia alla natura eventualmente plurisoggettiva della fattispecie di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, sia all'interpretazione delle condizioni di punibilità previste dagli artt. 9 e 10 c.p. per i reati commessi all'estero da cittadini italiani.

Nel capitolo successivo verranno analizzati, in modo sistematico, i principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sviluppatisi attorno a tali nodi interpretativi, ma soprattutto verrà dettagliatamente esposta la recente riforma sul tema, la l. n. 169/2024 che prevede espressamente, ex art. 12, co. 6, la punibilità dei cittadini italiani per il presente reato anche se commesso integralmente all'estero.

5. Uno sguardo altrove. L'eccezionalità dell'ordinamento italiano nello scenario internazionale.

Terminata l'analisi della fattispecie di reato così come configurata nel nostro ordinamento giuridico, nella disciplina delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ma ancor più della surrogazione di maternità, è rilevante il *distinguo* tra la normativa nazionale e quella dei Paesi esteri, proprio per comprendere il fenomeno del turismo procreativo che sarà ampiamente approfondito nel capitolo seguente. È, infatti, tanto opportuno, quanto necessario, volgere lo sguardo alla disciplina del fenomeno della surrogazione nei diversi Stati europei e non europei, per avere

un'adeguata prospettiva di insieme sul tema e per comprendere la posizione di specialità dell'ordinamento italiano, ancor più nell'assetto odierno, risultante dalla recentissima riforma.

Sono undici i Paesi che consentono la surrogazione di maternità in forma altruistica: Regno Unito, Israele, Romania, Brasile, Portogallo, Argentina, Bangladesh, Thailandia, Australia, Grecia, Canada, a cui si aggiungono alcuni Stati statunitensi, tra cui New York, New Jersey, New Mexico, Nebraska, Virginia, Oregon, Washington. Sei, invece, sono gli stati che la consentono anche a fini commerciali: Armenia, Bielorussia, Georgia, Russia, Ucraina, Sud-Africa, a cui si sommano gli Stati americani Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachusetts, Vermont e gli Stati dell'India e del Nepal i quali, però, vietano che la normativa possa applicarsi a cittadini stranieri⁸².

In questo variegato panorama si esporranno, in ottica comparatistica, le normative dei principali protagonisti in materia di surrogazione di maternità, ciascuno in rappresentanza delle diverse ampie modalità di regolamentazione, per rendere più agevole la comprensione del fenomeno nella sua completezza.

5.1. Gli Stati europei che consentono la maternità surrogata in forma altruistica.

Uno Stato che potrebbe definirsi pioniere attivo in ambito internazionale è senza dubbio il Regno Unito, esistendo in Gran Bretagna una legge organica in materia di surrogazione già dal 1985, il *Surrogacy Arrangements Act*⁸³ (presente nel già citato *Rapporto Warnock*⁸⁴). Dato questo, già di per sé estremamente rilevante se si pensa a che in Italia la prima regolamentazione delle tecniche di PMA risale al 2004 e che manca ancora oggi una normativa organica della surrogazione, interamente disciplinata da un solo articolo della l. n. 40/2004.

Oltre all'anacronismo storico della disciplina, la vera avanguardia dell'ordinamento inglese è data dal contenuto dell'atto, ossia, oltre che dalla disciplina delle tecniche procreative per far fronte alle difficoltà del concepimento

⁸² In argomento D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Osservatorio AIC*, 2023, 4, 26.

⁸³ Cfr. *Surrogacy Arrangements Act*, 16/07/1985, consultabile in *legislation.gov.uk*.

⁸⁴ Si veda *supra*, cap. II, par. 1.

naturale, dalla affermata liceità dell'accordo di surrogazione, considerato quale atto di liberalità di una donna verso un'altra⁸⁵. La legge proibisce, però, in tale ottica di liberalità qualunque forma di commercializzazione, intermediazione e pubblicità, consentendo solo forme di organizzazioni senza scopo di lucro per la diffusione della stessa pratica. L'accordo di surrogazione deve intercorrere tra la coppia di committenti e la volontaria e affinché i primi diventino genitori legali del nato è necessario che vi sia l'emanazione di un "ordine parentale" (*parental order*) del tribunale – la cui richiesta può avvenire non prima che siano trascorse sei settimane dalla nascita del bambino – che accerterà la gratuità e consensualità dell'accordo (ossia la validità del contratto), e che vi sia stato il rimborso delle spese sostenute dalla madre surrogata per visite mediche, fecondazione in vitro, gravidanza e parto, a pena di nullità del contratto e del conseguente riconoscimento della maternità in campo alla madre surrogata.

Ad oggi l'accesso è consentito alle coppie, sia omosessuali che eterosessuali, ma anche ai singoli.

La disciplina della maternità per sostituzione è data anche dalle linee-guida per l'Inghilterra e il Galles per la gestazione per altri, emanate il 28 febbraio 2018 dal *Department of Health and Social Care*, in due diversi documenti. Il primo dei quali, destinato alle coppie richiedenti e alla madre surrogata, disciplina i requisiti di validità del contratto, il quale dovrebbe essere redatto in forma scritta, contenere le informazioni dettagliate dei committenti e della madre surrogata, prevedere una regolamentazione di tutte le fasi della surrogazione e le possibili problematiche e soluzioni alla stesse e il rimborso delle spese sostenute dalla gestante. Inoltre, informa le coppie su come richiedere il *parental order* e su come rapportarsi col bambino che deve essere informato della sua nascita da surrogazione di maternità. Il secondo documento delle linee-guida, rivolto invece a medici e operatori sanitari, si concentra prevalentemente sui doveri degli stessi nelle tre fasi – concepimento, gestazione, parto – della surrogazione⁸⁶.

Inoltre, è ad oggi discussa la proposta di riforma in materia di surrogazione presente nel Regno Unito che nella disciplina del *new pathway*, determinerebbe,

⁸⁵ Sul tema FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, 2002.

⁸⁶ In argomento IANNELLI, *UK: prime linee-guida per l'Inghilterra e il Galles per la gestazione per altri emanate dal Department of Health and Social Care*, in *Biodiritto*, 2018.

come criterio centrale per l'attribuzione della maternità, non più il parto, ma la volontà genitoriale, che assumerebbe rilevanza costitutiva dello *status* genitoriale, mettendo definitivamente a tacere il concetto di *mater semper certa est*⁸⁷.

In un canale maggiormente liberale, non solo per quel che riguarda le tecniche di PMA ma anche per la surrogazione di maternità si inserisce la Grecia. Se l'accordo tra le parti è regolamentato e deve rispettare i requisiti previsti dalla normativa vigente perché possa produrre gli effetti civili, dall'altro vi è un ampio ricorso all'applicazione delle sanzioni penali anche nei confronti della madre surrogata e dei genitori committenti, oltre che dei soggetti già consuetudinariamente puniti in tutti gli Stati descritti, qualora violino la normativa vigente.

La norma cardine in materia è l'art. 1458 c.c. modificato dalla l. n. 3089/2002⁸⁸, che definisce la maternità surrogata come il trasferimento nel corpo di una donna (gestante) di un embrione ad essa estraneo geneticamente, con conseguente inizio della gravidanza, previo accordo tra gestante e genitori intenzionali. Così come accade in Gran Bretagna, anche in Grecia perché i genitori intenzionali possano risultare legalmente genitori è necessario che vi sia un'autorizzazione giudiziale, che però qui deve precedere l'impianto dell'embrione (avvenendo quindi in una fase precedente e non successiva come accade in Gran Bretagna). La stessa sarà a sua volta subordinata dalla validità dell'accordo stipulato che deve essere redatto per iscritto, non prevedere compensi – fatta salva la possibilità di rimborsare la gestante per le spese relative alla pratica –, attestare l'incapacità della madre di intenzione di portare avanti la gravidanza e la non appartenenza dell'ovocita alla madre surrogata. Il riferimento relativo all'incapacità materna esclude implicitamente che alla pratica, così come alle tecniche di PMA, possano fare ricorso uomini single o coppie *same-sex*. Invece l'ultimo riferimento normativo all'appartenenza dell'ovocita a soggetto diverso dalla madre surrogata, fa comprendere che la Grecia ammette la surrogazione solo se totale ed esclude dalla fattispecie l'ipotesi in cui vi sia una procreazione per altri attraverso il concepimento naturale.

⁸⁷ Si veda POLI, *Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la volontà non basta*, in *GenIUS*, 2020, 2.

⁸⁸ Cfr. *NOMOS YIT' APIΘ. 3089 ΦΕΚ Α 327/23.12.2002* (l. n. 3089, Gazzetta ufficiale Α 327/23.12.2002), in *Kodiko*.

Dato estremante rilevante è quello generato dalla riforma dell'art. 8 della l. n. 3089/2002, ex art. 17, l. n. 4272/2014⁸⁹ che consentendo l'accesso alla pratica non solo alle donne (gestante e committente) residenti in Grecia ma anche a quelle solo in soggiorno temporaneo sul territorio greco, ha aperto le porte al turismo procreativo.

In caso di violazione dei requisiti previsti per l'autorizzazione giudiziale, oltre ad essere riconosciuta la maternità in capo alla madre surrogata, è prevista l'applicazione dell'art. 26, co. 8, della l. n. 3305/2005⁹⁰, il quale prevede la pena della reclusione non inferiore a due anni e la multa di almeno 15.000 euro. La norma punisce qualunque forma di coinvolgimento nella pratica avviata *contra legem*: oltre alle pratiche poste in essere dal personale sanitario, anche la sottoposizione volontaria alle tecniche della gestante, e l'apporto psicologico e materiale dato dal committente⁹¹. Medesima pena è inoltre indirizzata a coloro i quali annunciano, mostrano o pubblicizzano l'acquisizione di un figlio nato da surrogazione, e punisce il fenomeno nella sua versione commerciale sia per coloro i quali ne usufruiscono, sia per coloro che fungono da intermediari e prendono parte all'operazione, sia per colei che offre se stessa agli stessi fini.

Quanto esposto permette di osservare che l'ordinamento sembra punire allo stesso modo sia le ipotesi di maternità surrogata commerciale, che quelle di GPA a titolo gratuito in violazione dei requisiti previsti dalla legge, sollevando rilevanti perplessità rispetto all'adeguatezza della punibilità e della misura della pena in capo a gestante e committenti che non ricevono alcun corrispettivo.

In conclusione, se la Grecia sembra avere un approccio aperto e permissivo in ambito di surrogazione, dall'altro si distingue in tutto il panorama europeo per la severità e ampiezza dell'ambito applicativo delle sanzioni in caso di violazione della normativa vigente.

⁸⁹ V. ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 4272 ΦΕΚ Α 145/11.7.2014, (l. n. 270, Gazzetta ufficiale Α 145/11.7.2014), in *Kodiko*.

⁹⁰ Cfr. ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 3305 ΦΕΚ Α' 17/27.1.2005, (l. n. 3305, Gazzetta ufficiale Α 17/27.1.2005), in *Kodiko*.

⁹¹ Sul tema approfonditamente TIGANO, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in *GenIUS*, 2024, 44 ss.

5.2. Gli Stati che vietano la GPA.

5.2.1. Gli Stati che prevedono un divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata (ma non puniscono i “genitori intenzionali”).

Se il Regno Unito può essere definito quale baluardo storico della liceità della surrogazione, la sua antitesi può dirsi rappresentata dalla Germania⁹².

L’ordinamento tedesco ha infatti adottato, già nel 1990, una legislazione estremamente rigoristica in materia di procreazione medicalmente assistita con l’*Embryonenschutzgesetz* (ESchG)⁹³, legge a tutela dell’embrione che vieta espressamente ogni forma di maternità surrogata⁹⁴. La normativa tedesca utilizza un approccio repressivo, non tanto nei confronti delle parti direttamente coinvolte – madre surrogata e genitori d’intenzione – quanto verso i professionisti e gli intermediari che rendono possibile la pratica. L’intento del legislatore è quello di disincentivare la diffusione della gestazione per altri senza però generare conseguenze penalmente rilevanti per chi, mosso da ragioni personali e spesso di sofferenza, vi fa ricorso. La normativa tedesca tutela l’embrione sin dalla sua origine attribuendo allo stesso la natura di persona, con tutto ciò che ne consegue, ed è considerata madre dello stesso colei che partorisce il bambino, non essendo possibile in Germania né il disconoscimento di maternità, né l’accertamento giudiziale dello *status* di madre per la sussistenza di un legame genetico, né tantomeno la possibilità di riconoscere la maternità in capo alla madre committente; l’ordinamento aderisce pienamente al brocardo *mater semper certa est*.

In particolare, la norma incriminatrice contenuta nell’art. 1, comma 1, n. 7 dell’ESchG punisce con la reclusione fino a tre anni o con la multa chiunque effettui l’inseminazione artificiale o il trasferimento di un embrione nel corpo di una donna disposta a cedere definitivamente il nato a terzi. Tuttavia, è prevista una clausola di non punibilità per la madre surrogata e i genitori d’intenzione, che esclude la loro responsabilità per il contributo dato al reato, in considerazione del coinvolgimento

⁹² Si veda FIORE, TOMASIELLO, ROBORTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 50.

⁹³ Cfr. *Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz)*, 13/12/1990, in *Gesetze im Internet*.

⁹⁴ Per un approfondimento sul tema si veda TIGANO, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata*, cit., 6 ss.

emotivo e della finalità solidaristica della condotta. In questo contesto, l'illiceità si fonda sull'idea che tale pratica, in assenza di necessità terapeutica per la donna gestante, possa ledere la dignità di quest'ultima, riducendola a mero strumento riproduttivo, e possa generare incertezze giuridiche e psicologiche sul piano della genitorialità del nato.

Sul piano civilistico, permane l'impossibilità per i genitori d'intenzione di divenire legalmente tali attraverso un meccanismo automatico di riconoscimento: madre legale del nato resta la donna che ha partorito, ai sensi dell'art. 1591 BGB⁹⁵, mentre l'attribuzione della paternità può avvenire solo nei modi tipici (matrimonio, riconoscimento, accertamento giudiziale). Qualora il padre genetico riconosca il minore, la sua partner (nel caso di coppia eterosessuale o *same-sex*) potrà eventualmente adottarlo, previa rinuncia alla responsabilità genitoriale da parte della madre surrogata e dimostrando che tale adozione risponda al superiore interesse del minore, ex artt. 1741 e 1751 BGB.

Ulteriore conferma dell'atteggiamento restrittivo dell'ordinamento tedesco è data dalla normativa contenuta nell'*Adoptionsvermittlungsgesetz* (AdVermiG)⁹⁶ del 1977, che punisce espressamente ogni forma di mediazione e pubblicizzazione della maternità surrogata. Le modifiche apportate nel 2001 hanno ampliato la definizione di "madre surrogata", includendo non solo le pratiche mediche, ma anche le gravidanze naturali finalizzate alla cessione del nato. È vietato sia mettere in contatto le parti coinvolte nell'accordo (cd. "*Ersatzmuttervermittlung*"), sia pubblicare annunci per la ricerca o l'offerta di una gestante o di genitori committenti. Tali condotte sono sanzionate penalmente o amministrativamente, con un *climax* repressivo che raggiunge l'apice nella mediazione a fini commerciali o imprenditoriali, punita con la reclusione fino a tre anni.

In conclusione, la Germania rappresenta un ordinamento che, pur non criminalizzando le persone direttamente coinvolte, mostra una forte avversione verso la maternità surrogata, che rimane un fenomeno solo parzialmente illecito:

⁹⁵ V. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, 01/01/1990, in *Gesetze im Internet*.

⁹⁶ Si veda *Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG)*, 02/07/1976, in *Gesetze im Internet*.

tollerato nei suoi effetti relazionali, ma penalmente represso nei suoi strumenti di attuazione.

5.2.2. Gli Stati che puniscono solo indirettamente le condotte di GPA.

Passando da posizioni più estreme a quelle intermedie, in Francia, la materia è stata disciplinata dalle cosiddette “leggi bioetiche”, in particolare le leggi n. 653/1994 e 654/1994⁹⁷ concernenti la prima il rispetto del corpo umano e la seconda la donazione e l'utilizzo di elementi e prodotti del corpo umano, l'assistenza medica alla procreazione e la diagnosi prenatale. Queste norme hanno modificato il codice civile e il codice civile della sanità pubblica, su cui sono, poi, nuovamente intervenute le leggi n. 800/2004 e 814/2011⁹⁸. Questi interventi normativi hanno una *ratio* comune a quella propria della disciplina italiana, ossia attribuire alla fecondazione artificiale un ruolo sussidiario e rimediale rispetto alla procreazione naturale, consentendovi l'accesso solo in casi tassativi, come quelli di infertilità⁹⁹.

Ad oggi l'*assistance médicale à la procréation* (AMP) è disciplinata dal Codice di pubblica sanità¹⁰⁰ ed è definita come l'insieme delle pratiche mediche e biologiche rivolte a favorire il concepimento in vitro: inseminazione artificiale, fecondazione in vitro, conservazione di gameti ed embrioni e trasferimento embrionale. Come sottolineato dal Consiglio di Stato, l'intervento del legislatore riguarda esclusivamente l'attività medica e non la procreazione in sé, quest'ultima è indirettamente disciplinata nella misura in cui venga attuata tramite l'assistenza medica¹⁰¹. Prima della riforma del 2021, l'accesso all'AMP era consentito solo alle coppie eterosessuali affette da infertilità o portatrici di malattie gravi trasmissibili al concepito e, solo con la legge n. 1017/2021¹⁰², il legislatore ha abbandonato il riferimento alla sterilità patologica e ha ampliato la platea dei beneficiari, riconoscendo l'accesso anche alle coppie formate da due donne e alle donne single,

⁹⁷ Cfr. l. n. 653 del 1994; l. n. 654 del 1994, in *Légifrance*.

⁹⁸ V. l. n. 800 del 2004; l. n. 814 del 2011, in *Légifrance*.

⁹⁹ In argomento FIORE, TOMASIELLO, ROBERTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 72 ss.

¹⁰⁰ Cfr. *Code de la santé publique*, in *Légifrance*.

¹⁰¹ Si veda *Conseil d'État, La révision des lois de bioéthique. Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009*, in *Conseil d'État*, https://www.conseil-etat.fr/content/download/152110/file/etudebioethique_ok.pdf, 36.

¹⁰² Si veda l. n. 1017 del 2021, in *Légifrance*.

purché si tratti di un vero e proprio progetto genitoriale. Restano tuttavia escluse le coppie di uomini e gli uomini singoli, sia perché non contemplati espressamente dalla normativa, sia perché per loro la genitorialità presupporrebbe il ricorso alla maternità surrogata, vietata in Francia, pur se non direttamente sanzionata¹⁰³.

La legge ha inoltre disciplinato i rapporti di filiazione nelle coppie femminili: ferma la regola per cui la madre legale è colei che partorisce (art. 311-25 c.c.), lo *status* materno della partner viene attribuito solo in presenza di consenso preventivo davanti a un notaio (art. 342-10 c.c.) e di successivo riconoscimento congiunto del figlio (art. 342-11 c.c.).

Dal punto di vista penalistico, l'art. 511-24 del codice penale punisce con la reclusione fino a cinque anni e con una multa fino a 75.000 euro chi realizzi attività di AMP per finalità diverse da quelle espressamente previste dalla legge. Si tratta di un reato proprio, applicabile al personale medico autorizzato a compiere tali interventi, mentre la complicità è estesa anche ad altri soggetti – come paramedici o dirigenti – che inducano o facilitino la realizzazione degli atti vietati.

Quanto alla maternità surrogata, essa è espressamente vietata, sia nella forma gratuita che in quella onerosa. L'art. 16-7 del codice civile sancisce la nullità di qualsiasi accordo volto alla procreazione o gestazione per conto di terzi, richiamandosi ai principi generali sul rispetto del corpo umano e alla regola secondo cui madre è colei che partorisce. La distinzione tra procreazione e gestazione è stata attribuita alle due differenti ipotesi di cui nella prima la gestante è anche madre genetica del nascituro e nella seconda non ha alcun legame genetico col bambino, essendo il gamete della donna committente o di una terza donatrice; inoltre, si ricomprende all'interno della fattispecie anche l'ipotesi di procreazione per conto di terzi originata dal concepimento avvenuto in modo "naturale". Non esistono, tuttavia, incriminazioni penali specifiche per i soggetti direttamente coinvolti nell'accordo – genitori d'intenzione e gestante – ma l'ordinamento prevede comunque una serie di reati indirettamente applicabili, tra cui l'art. 227-12 c.p., che punisce chi induce all'abbandono del nascituro, e l'art. 227-13 c.p., che sanziona le condotte che alterano o simulano lo stato civile del bambino. La fattispecie

¹⁰³ Per un approfondimento sul tema si veda TIGANO, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata*, cit., 23 ss.

penalmente più significativa è contenuta nel terzo comma dell'art. 227-12 c.p., che punisce con la reclusione fino a un anno e con una multa fino a 15.000 euro l'intermediazione tra una coppia o un soggetto singolo desideroso di accogliere un bambino e una donna disposta a portarlo in grembo per poi consegnarlo. La pena è raddoppiata se la condotta è abituale o finalizzata al profitto. Si tratta di una norma chiaramente modellata sul fenomeno della maternità surrogata, sia essa praticata in forma naturale o tramite tecniche mediche. Il reato si configura come concorso necessario improprio, il che implica la punibilità del solo intermediario, mentre i genitori committenti e la gestante restano, in via generale, esclusi dalla sanzione, salvo che il loro apporto vada oltre la mera accettazione della mediazione, configurandosi in un vero e proprio reclutamento dell'intermediario.

Inoltre il *Tribunal de Grande Instance* ha affermato l'impossibilità di estendere l'applicabilità delle sanzioni penali oltre i confini statali nella sentenza 30 settembre 2004¹⁰⁴.

La *ratio* della disciplina francese è da rinvenirsi nella tutela dello stato civile del minore, piuttosto che nella salvaguardia della salute della donna o nella prevenzione della mercificazione del corpo. Tuttavia, è evidente che, anche in assenza di una criminalizzazione diretta della surrogazione, l'ordinamento francese mantiene una posizione fortemente ostile alla pratica, in nome di principi etici e giuridici radicati, come l'indisponibilità del corpo umano e il principio della certezza della maternità.

In conclusione la Francia può quindi considerarsi uno Stato che vieta la GPA, ma non la criminalizza, sussumendo, al più, le condotte rilevanti in altre ipotesi di reato, dalla cui applicazione restano però esclusi sia i committenti che la gestante.

In una posizione simile seppur parzialmente diversa si trova l'ordinamento spagnolo. La Spagna si distingue per un approccio profondamente liberale nella disciplina dell'accesso alle tecniche di procreazione assistita, pur mantenendo un divieto formale alla gestazione per altri, sprovvisto però di un corrispondente presidio penalistico. Il legislatore spagnolo ha, infatti, mostrato, fin dalla fine degli

¹⁰⁴ Si veda in tema D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata*, cit., 27.

anni Ottanta, una particolare sensibilità verso i diritti riproduttivi, approvando la legge n. 35/1988¹⁰⁵ e successivamente la legge n. 14/2006¹⁰⁶ sulle tecniche di riproduzione umana assistita (LTRHA), che ha riformato organicamente il quadro precedente, ampliando le finalità della procreazione assistita e affrancandola dalla mera funzione di superamento della sterilità patologica. È emerso con chiarezza che l'accesso alla PMA è riconosciuto anche per permettere la realizzazione di progetti genitoriali che non trovano compimento all'interno dei modelli familiari tradizionali.

La disciplina spagnola non prevede limiti oggettivi stringenti: l'art. 1 LTRHA si limita a stabilire che le tecniche devono essere scientificamente accreditate e clinicamente indicate e ancora più significativa è la disciplina soggettiva: l'art. 6 della medesima legge riconosce il diritto di accesso alla PMA a ogni donna maggiorenne, capace di agire, a prescindere dallo stato civile e dall'orientamento sessuale. È dunque espressamente contemplata la possibilità per donne single e coppie omosessuali femminili di accedere alla procreazione medicalmente assistita tramite l'utilizzo di gameti da donatore anonimo. Tale ampliamento della platea dei beneficiari si inserisce in un processo più ampio di evoluzione sociale e giuridica della Spagna, culminato con la legge n. 13/2005¹⁰⁷ che ha introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso e riconosciuto loro il diritto all'adozione. A conferma di tale impostazione, l'art. 7, comma 3, LTRHA disciplina il regime di filiazione nelle coppie femminili, attribuendo la maternità non solo alla donna che ha partorito ma anche alla sua coniuge, purché vi sia stato un consenso esplicito prestato previamente all'accesso alle tecniche. Si delinea così un sistema in cui il desiderio di genitorialità, indipendentemente dalla configurazione familiare, assume rilevanza giuridica autonoma, affrancato da qualunque condizione di infertilità medica.

Diversa è, invece, la posizione della Spagna rispetto alla maternità surrogata. L'art. 10 della LTRHA sancisce la nullità di ogni accordo, sia oneroso che gratuito, volto a impegnare una donna a portare a termine una gravidanza per poi cedere il nato a terzi. In tal modo, il legislatore ha inteso preservare il principio

¹⁰⁵ V. Ley n. 35 del 1988, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estad.*

¹⁰⁶ Cfr. Ley n. 14 del 2006, (LTRHA), in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estad.*

¹⁰⁷ Si veda, Ley n. 13 del 2005, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estad.*

secondo cui la maternità è inscindibilmente connessa all'evento del parto. La nullità dell'accordo, tuttavia, produce solo effetti civili, non essendo previste sanzioni penali o amministrative nei confronti dei soggetti coinvolti¹⁰⁸.

La disciplina repressiva interviene, in via indiretta, soltanto nella fase successiva al parto, attraverso la punizione della simulazione di parto (art. 220, co. 1, c.p.), della consegna del minore per alterarne lo stato civile (art. 220, co. 2, c.p.) e della cessione del bambino a fronte di un corrispettivo economico (art. 221 c.p.). Queste norme, collocate tra i delitti contro le relazioni familiari, proteggono lo stato civile del minore e non reprimono la surrogazione in quanto tale, confermando l'assenza nell'ordinamento spagnolo di una politica criminale espressamente ostile al fenomeno.

È opportuno osservare che, in caso di ricorso a una madre surrogata, l'uomo committente che abbia fornito il proprio materiale genetico potrà comunque far valere la paternità secondo le regole generali del diritto di famiglia, come stabilito dall'art. 10, comma 3, della LTRHA. Tale disposizione consente di distinguere nettamente l'invalidità dell'accordo di surrogazione, dal riconoscimento giuridico di un rapporto di filiazione fondato sul vincolo biologico, secondo il tradizionale principio dello *ius sanguinis*.

In conclusione, l'ordinamento spagnolo presenta un contrasto interno significativo: da un lato, amplia il diritto individuale alla procreazione oltre i limiti tradizionali, riconoscendo centralità al progetto parentale anche in assenza di sterilità; dall'altro, conserva il divieto formale della surrogazione di maternità, pur senza prevedere un sistema di repressione specifica delle condotte ad essa riconducibili. Tale ordinamento giuridico si distingue da quello francese perché, pur essendo in entrambi i casi vietata la GPA senza una criminalizzazione specifica della fattispecie compiutamente intesa: in Spagna è completamente assente una sanzione penale alle condotte che costituiscono la GPA, le quali possono essere, solo eventualmente, ricondotte a differenti ipotesi di reato; mentre in Francia, queste condotte, sono indirettamente punite tramite differenti fattispecie penali

¹⁰⁸ In argomento FIORE, TOMASIELLO, ROBERTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 66 ss., TIGANO, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata*, cit., 31 ss.

costruite, però, *ad hoc*, in quanto volte a criminalizzare alcune delle specifiche condotte che fanno parte della surrogazione di maternità.

In conclusione, in Spagna il fenomeno viene indirettamente scoraggiato mediante la sanzione della nullità dell'accordo e la tutela penale dei valori familiari, senza, tuttavia, criminalizzare i soggetti coinvolti nel patto, confermando l'approccio tendenzialmente garantista dell'ordinamento spagnolo in materia di libertà riproduttiva.

5.3. La surrogazione di maternità commerciale: gli ordinamenti che la disciplinano.

Nel panorama sin d'ora descritto possiamo posizionare da un lato la Gran Bretagna e ancor più la Grecia tra i paesi europei più "permissivi", in quanto consentono l'accesso alla surrogazione di maternità, anche se limitatamene alla sua forma altruistica; dal lato diametralmente opposto si trovano la Germania e l'Italia che vietano in modo assoluto la surrogazione di maternità, prevedendo sanzioni penali a presidio del divieto e adottano un approccio di maggiore chiusura rispetto alla fecondazione artificiale. In ultimo, una posizione pressoché intermedia è propria della Francia e della Spagna che, pur vietando la surrogazione di maternità, fanno proprie posizioni più liberali nei confronti della fecondazione artificiale e non sanzionano la GPA, la prima solo indirettamente e la seconda solo con sanzioni diverse da quelle penali. Dinanzi a questo panorama un ruolo di spicco è proprio di quei Paesi che invece consentono e disciplinano la surrogazione di maternità in tutte le sue forme, ammettendola senza stringenti limitazioni; tra questi si segnala l'Ucraina, che insieme alla Georgia e al Kazakistan costituisce una delle principali mete del turismo procreativo. In Ucraina grazie alla legalizzazione della surrogazione di maternità anche in forma commerciale e alla legalità della donazione degli ovuli, la fecondazione eterologa è aumentata esponenzialmente negli ultimi anni, anche a causa del contemporaneo irrigidimento delle normative degli altri Paesi limitrofi, tra cui l'Italia, arrivando alla cifra di 2000 bambini nati dalla surrogazione di maternità in un solo anno¹⁰⁹ e generando forti scontri politici

¹⁰⁹ Si veda quanto riportato dal rappresentando del *Medical and Reproductive Law Center di Kiev*, in <http://www.medlawcenter.com.ua/en/about-us/>, citato in FIORE, TOMASIELLO, ROBERTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 87.

interni. L'accesso alla surrogazione avviene tramite agenzie e cliniche private che forniscono servizi di PMA che purtroppo, spesso, non tutelano adeguatamente i diritti della donna gestante. La regolamentazione è ampia e contenuta nel Codice di Famiglia all'artt. 48 e 123¹¹⁰, nel Codice Civile all'art. 281¹¹¹, nel decreto del Ministero della Salute dell'Ucraina n. 787 del 2013¹¹², nel regolamento sul Ministero della Salute dell'Ucraina, approvato con decreto del presidente dell'Ucraina n. 467/2011¹¹³. Nello specifico, l'art. 123 del Codice della famiglia prevede il riconoscimento del marito della donna quale padre del bambino e che il nato sia registrato come figlio legittimo di entrambi se l'embrione dei genitori sia impiantato nell'utero di un'altra donna a condizione che i committenti ne facciano espressa richiesta e che la madre surrogata, in una dichiarazione firmata e autenticata con atto notarile, attesti l'assenza di legami genetici con il nato e acconsenta che altri ne diventino genitori. L'ovulo deve necessariamente appartenere alla moglie se la gestazione viene compiuta da donna terza, altrimenti se l'ovulo appartiene ad una donna donatrice, perchè la moglie del padre sia riconosciuta anche quale madre del bambino, deve necessariamente portare a termine la gravidanza essa stessa. Non è ammissibile il riconoscimento della maternità in capo alla moglie del padre biologico del bambino ove essa non sia né la madre gestante né quella genetica, ma solo madre committente.

Ex art. 281 c.c. possono accedere alla maternità surrogata solo le coppie sposate ufficialmente che in base all'ordinanza 787/2013 possono scegliere liberamente tra i vari istituti clinici accreditati. *Ex art. 6, ord. 787/2013*, possono accedervi solo le coppie in cui i coniugi siano maggiorenni e abbiano dimostrato l'impossibilità del concepimento naturale, non è, pertanto, consentito l'accesso a coppie omosessuali. Vi è inoltre una dettagliata disciplina degli aspetti clinici ed è

¹¹⁰ Cfr. *Сімейний кодекс України*, (Codice della famiglia dell'Ucraina), l. n. 2947-III del 10/01/2002, in *Verkhovna Rada dell'Ucraina (ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ)*,

¹¹¹ *В. Цивільний кодекс України*, (Codice civile dell'Ucraina), l. n. 1822-VI del 21/01/2010, in *Verkhovna Rada dell'Ucraina. (ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ)*.

¹¹² Decreto del Ministro della Salute ucraino, 09/09/2013 n. 787, «Sull'approvazione della Procedura di applicazione di tecniche di procreazione assistita in Ucraina», in <http://www.successful-parents.com/it/main/legislation>.

¹¹³ Si veda *Положення про Міністерство охорони здоров'я України*, Regolamento del Ministro della salute Ucraino, 13/04/2011, n. 467, in *Verkhovna Rada dell'Ucraina. (ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ)*.

previsto che si possa eccedere alla PMA su indicazioni mediche e previo consenso scritto dei pazienti, rispettando i requisiti previsti per l'accordo.

Nel rispetto della normativa descritta ai committenti viene rilasciato il certificato ucraino di nascita del bambino, in cui i genitori risultano essere il padre e la madre committenti, che acquistano piena potestà genitoriale, con contestuale totale assenza di diritti parentali in capo alla madre surrogata.

Ad oggi a causa del conflitto Russo-Ucraino la situazione Ucraina è drammatica, essendo state distrutte le principali cliniche della fertilità di Kiev e costringendo molti a rinunciare al loro progetto di genitorialità, ma il vero problema in tale scenario è la situazione dei bambini già commissionati e di quelli già nati che versano in uno stato di abbandono. Dinanzi a questo scenario vi è chi sostiene dovrebbe essere sancito il divieto di surrogazione¹¹⁴ e chi invece afferma che il fenomeno, in questo modo, continuerebbe ad esistere ma in forme illegali e quindi con minori garanzie¹¹⁵.

Ampliando ancor più lo studio geografico della maternità surrogata, negli Stati Uniti, i singoli Stati hanno autonomia normativa in materia e pur risalendo la prima normativa allo stato dell'Illinois con legge varata il primo gennaio 2005¹¹⁶, è la California lo Stato simbolo in materia di maternità sostitutiva, dotata del *Family Code* adottato nel 2013¹¹⁷ – che tutela tutte le parti coinvolte nell'accordo: madre surrogata, committenti e bambino – e protagonista di disposizioni legislative adottate già dal 1993 in seguito al caso *Jhonson c. Calvert*¹¹⁸. La California è uno stato che oltre ad ammettere la surrogazione di maternità, la disciplina e incentiva, consentendola non solo in forma altruistica ma anche commerciale, prevedendo la possibilità di riconoscere alla madre surrogata un *surplus* oltre ai rimborsi medici e

¹¹⁴ Si veda FIORE, TOMASIELLO, ROBORTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 87, ove vengono riportate le dichiarazioni di MYKOLA KUBELA risalenti al 2020.

¹¹⁵ Sul tema FIORE, TOMASIELLO, ROBORTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 87 s., in cui è citata LYUDMILA DENISOVA «se la maternità surrogata viene vietata in Ucraina, continuerà a esistere, ma illegalmente. E le persone più vulnerabili in questa situazione saranno le madri surrogate».

¹¹⁶ Cfr. *Illinois Gestational Surrogacy Act*, 750 ILCS 47/5, in www.ilga.gov.

¹¹⁷ V. *Family Code*, FAM, 1992, in *California Legislative Information*.

¹¹⁸ Più approfonditamente: Anna Jhonson madre surrogata chiese al Tribunale il riconoscimento della sua maternità; tuttavia, la Corte d'Appello riconobbe la madre genetica quale madre del nascituro in vista della positività al test di consanguineità svolto da quest'ultima. Decisione che valorizza, quindi, l'importanza della volontà dei genitori intenzionali e della maternità genetica rispetto alla maternità biologica della partoriente.

addirittura non prevedendo tra i requisiti per la stipulazione dell'accordo che si dia prova di condizioni mediche che rendono necessario il ricorso alla surrogazione. Ragione, quest'ultima, per la quale ci sono stati casi di ricorso alla pratica non per motivi legati all'impossibilità di portare a termine la gravidanza, ma per scelte deliberatamente assunte delle madri committenti, per ragioni quali la preservazione della propria forma fisica o della propria carriera lavorativa.

Nel disciplinare la GPA, è tutelato, con apposita clausola, anche l'aborto, ritenendosi doveroso attribuire rilevanza alla volontà della madre di interrompere la gravidanza così come, eventualmente di decidere di tenere con sé il nascituro in seguito al parto. In merito assume particolare importanza la distinzione tra accordo informale e contratto stipulato tra gli *intended parents* e la madre surrogata, in quanto nel primo caso la volontà della donna è liberamente espressa, mentre nel secondo la formalizzazione di un contratto giuridico porta con sé ipotesi di responsabilità per inadempimento. In tema non esiste unanimità neanche in America, distinguendosi tra coloro i quali ritengono dovrebbe anche in questo caso lasciarsi la donna libera di cambiare la propria volontà e chi invece è più rigoroso e privilegia quanto formalizzato, in un'ottica di maggior tutela dei genitori di intenzione che altrimenti rimarrebbero in sospeso e privi di garanzie per nove mesi¹¹⁹.

In California il principale interesse allo sviluppo del fenomeno è proprio quello degli intermediari e delle compagnie assicurative che ottengono guadagni estremamente rilevanti dall'assicurazione delle madri gestanti; ma un merito del modello californiano è stato quello di aver formato e garantito la presenza di strutture e professionisti competenti, nonché di aver delineato un insieme di principi volti a tutelare tutte le parti coinvolte.

In California i soggetti interessati si rivolgono alle agenzie competenti che fungono da intermediari tra la coppia di committenti la gestante, e l'eventuale terza donna donatrice se presente. Dopo diversi incontri conoscitivi si procede con la formalizzazione dell'accordo e, in seguito al parto, si avrà, presentandosi al Tribunale, il passaggio della potestà genitoriale ai genitori intenzionali titolari dei

¹¹⁹ Entrambe le posizioni sono riportate in FIORE, TOMASIELLO, ROBERTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 102.

gameti, attraverso il rilascio del certificato di nascita con l'indicazione dei genitori intenzionali quali genitori a tutti gli effetti del nascituro.

Pur mancando una disciplina specifica della *surrogacy*, la giurisprudenza e la contrattazione privata hanno definito l'orientamento prevalente e le regole generali in materia di GPA. Un interessante caso, che merita di essere approfondito, è quello noto come *Cook v. Harding*¹²⁰. Il 31 maggio 2015 Melissa Cook aveva stipulato un contratto di surrogazione con la società *Surrogacy International* per portare avanti una gravidanza a favore del signor C.M., utilizzando i gameti di quest'ultimo e di una donatrice esterna. L'impianto di tre embrioni, effettuato il 17 agosto 2015, diede esito positivo, dando avvio a una gravidanza trigemellare. Nonostante inizialmente entrambe le parti si mostrassero concordi nel dare esecuzione al *surrogacy agreement*, successivamente C.M., lamentando difficoltà economiche, aveva sollecitato ripetutamente Cook a procedere con una riduzione selettiva della gravidanza, richiesta a cui la donna si oppose, dichiarandosi persino disposta ad assumersi in prima persona la cura dei nascituri.

A seguito del rifiuto, l'avvocato di C.M. aveva comunicato a Cook che la sua opposizione sarebbe equivalsa a un'inadempienza contrattuale. Nonostante il conflitto, i tre bambini nacquero prematuramente il 22 febbraio 2016 presso il *Panama City Medical Center*, dove Cook non riusciva ad avere contatti con loro. Nel frattempo, il 4 gennaio 2016, Cook aveva promosso una causa dinanzi alla *Supreme Court di Los Angeles*, denunciando la violazione dei diritti di «*Equal Protection and Due Process*» garantiti dalla Costituzione. Due giorni dopo, C.M. si era rivolto al giudice per essere riconosciuto unico genitore dei nascituri, ottenendo una decisione favorevole il 9 febbraio 2016, che precludeva a Cook la possibilità di contestare l'idoneità genitoriale dell'uomo.

Successivamente, Cook intraprendeva un nuovo giudizio presso la Corte Federale distrettuale della California, chiedendo di impedire l'applicazione della sezione 7962 del *California Family Code* — che prevede l'estinzione dei diritti parentali della surrogata —, di poter visitare i bambini, di ottenere l'affidamento di uno di loro e di intervenire nella determinazione dell'affidamento degli altri due.

¹²⁰ V. *U.S. District Court, central District of California, Cook v. Harding*, caso n. 2:16-cv-00742, 06/06/2016, in *vLex*.

Tuttavia, la Corte Federale, richiamando il principio affermato nel caso *Younger v. Harris*¹²¹, dichiarava la propria incompetenza a decidere sulla controversia. Secondo tale dottrina, in assenza di circostanze straordinarie come la mancanza di imparzialità giudiziaria, le Corti federali devono astenersi dall'interferire con procedimenti pendenti davanti ai tribunali statali che toccano rilevanti interessi locali, quale il diritto di famiglia. Poiché al momento della causa federale era già in corso un procedimento statale, riguardante una materia di esclusiva competenza nazionale, e poiché Cook aveva avuto modo di far valere i propri rilievi costituzionali, la Corte respinse il ricorso.

Quindi come si evince chiaramente, pur in assenza di una specifica disciplina legislativa, le pronunce giurisprudenziali mostrano la chiara apertura dell'ordinamento californiano rispetto alla surrogazione, essendo da ultimo intervenuta l'Assemblea dello Stato della California che ha regolamentato gli accordi di surrogazione e ha stilato, nel 2012, l'*Assembly Bill* 1217 che ha modificato la *section* 7690 del *Family Code*, aggiungendo la *section* 7692 per chiarire, in termini definitivi, le parti coinvolte. Il termine *intended parent* riferisce al soggetto che manifesta la propria intenzione di volersi legalmente accordare con la donna gestante al fine di divenire genitore del bambino nato tramite surrogazione. La *surrogate* è la donna che porta avanti la gravidanza per conto altrui e il *surrogacy facilitator* è l'intermediario. Inoltre, la normativa in esame prevede che gli avvocati delle parti debbano essere diversi e nominati precedentemente alla stipulazione del contratto per evitare conflitti di interesse e inoltre prevede la possibilità, attraverso un provvedimento giurisdizionale, del riconoscimento dei committenti quali genitori sin dal quinto mese di gravidanza, permettendo già ad essi di acquisire i diritti genitoriali sul nascituro.

In conclusione, la California risulta essere uno degli stati maggiormente aperti in materia di surrogazione, ma il miglior pregio che la contraddistingue sta

¹²¹ La decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971), ha introdotto il principio secondo cui i giudici federali devono astenersi dall'interferire con procedimenti penali pendenti davanti ai tribunali statali, salvo che ricorrano circostanze eccezionali, quali persecuzione in malafede o danno immediato e irreparabile. Tale dottrina, nota come "*Younger abstention*", si fonda sul rispetto del principio di federalismo e dell'autonomia degli Stati nell'applicazione delle proprie leggi, e nel tempo è stata estesa anche a procedimenti civili e amministrativi.

proprio nell'aver dettagliatamente disciplinato la materia, seppur in via prevalentemente giurisprudenziale, prevedendo il coinvolgimento di soggetti esperti e tutelando i principali protagonisti della surrogazione di maternità.

5.4. Le conclusioni della disamina comparatistica.

Il panorama normativo descritto dimostra come vengono differentemente bilanciati gli interessi coinvolti. Infatti, la maternità surrogata può essere analizzata secondo due diversi punti di vista: il primo che prende in esame la GPA nella sua fase primaria, ossia quello dell'accordo, distinguendo tra quello a titolo gratuito e quello a titolo oneroso; il secondo che, invece, analizza il fenomeno *ex post*, ossia al momento del riconoscimento del bambino. Conseguentemente tutte le questioni etiche, religiose, giuridiche e sociali che sono animate in materia, vertono, non solo sul tema della riproduzione in senso stretto, ma anche su quello della genitorialità; ed è proprio in vista del coinvolgimento di siffatti interessi che ancor oggi è profondata distante l'ipotesi di una regolamentazione internazionale comune¹²².

In tale complesso panorama contrassegnato da contrapposte posizioni giuridiche, l'ordinamento italiano riveste un ruolo di eccezionalità. Si differenzia nettamente dai Paesi che liceizzano la GPA, tanto in forma altruistica, quanto, ancor più, in forma, commerciale, ma si distanzia anche dai Paesi che la vietano. Infatti, mentre Spagna e Francia tentano di ricorrere a strumenti differenti da quello penale per la repressione della surrogazione, l'Italia, così come la Germania, prevede un'incriminazione diretta della maternità surrogata. Ma in più, si distingue ulteriormente, in un'ottica di maggior rigore, perché, nel silenzio della norma, la GPA si configura quale reato per la cui commissione potrebbero essere incriminati – a seconda dell'interpretazione data alla norma – anche la gestante e i committenti, a differenza di quanto accade in Germania, ove il legislatore compie, nella scelta incriminatrice, una distinzione tra questi soggetti, la cui punibilità è esclusa, e coloro i quali ottengono un profitto dalla pratica.

In conclusione, l'Italia non solo è uno dei pochi Paesi a prevedere una sanzione penale a presidio del delitto di surrogazione di maternità e ne estende, in

¹²² In argomento FIORE, TOMASIELLO, ROBERTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 69 s.

assenza di precisazioni nel dispositivo, l'applicazione anche a soggetti che non traggono alcun profitto dalla pratica: quali madre surrogata e i committenti; ma, addirittura – ponendosi in una posizione di unicità nel panorama giuridico globale – prevede ad oggi, in seguito alla riforma, la punibilità della condotta anche se commessa dal cittadino italiano all'estero secondo la *lex loci*. È a quest'ultimo aspetto che sarà dedicato il successivo capitolo dell'elaborato.

CAPITOLO III

TURISMO PROCREATIVO E MATERNITÀ SURROGATA ALL'ESTERO.

LE TECNICHE DI REPRESSIONE PENALE E LE NOVITÀ IN TEMA DI

GIURISDIZIONE DELLA LEGGE N. 169/2024

SOMMARIO: 1. Premessa: il turismo procreativo e la natura transnazionale della fattispecie. – 2. La repressione “indiretta” della maternità surrogata all'estero e il divieto di trascrizione dell'atto di nascita. – 2.1. Profili civilistici: il contrasto della trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero con il principio dell'ordine pubblico. – 2.2. (segue) Il contesto evolutivo della materia nelle pronunce nazionali e sovranazionali. – 2.3. Profili penalistici: la prospettata applicazione della fattispecie di falso di cui agli artt. 567, comma 2, c.p. e 495, comma 2, n. 1, c.p. – 3. Una repressione penale “diretta” e “universale” ai sensi dell'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004? La situazione anteriore alla riforma. – 3.1. L'applicazione della legge penale nello spazio e il regime di punibilità in caso di reato commesso all'estero. – 3.2. Il principio della doppia incriminazione. – 3.3. La giurisprudenza sulla giurisdizione italiana per la surrogazione di maternità prima della l. n. 169/2024. – 4. La legge n. 169/2024 e l'obiettivo di una repressione penale “universale”. – 4.1. L'iter legislativo, l'approvazione della legge 4 novembre 2024, n. 169 e le modifiche apportate all'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40. – 4.2. Il concetto di “reato universale” e l'effettiva portata extraterritoriale della riforma. – 5. I dubbi di legittimità della legge n. 169/2024. – 5.1. I rapporti tra l'extraterritorialità incondizionata e il principio di offensività. – 5.2. Il sindacato di proporzionalità e l'equo bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito e i diritti fondamentali compressi. – 5.3. La valutazione di conformità della legge n. 169/2024 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

1. Premessa: il turismo procreativo e la natura transnazionale della fattispecie.

Il presente capitolo è dedicato all'analisi del rapporto tra la legge penale italiana e la pratica della surrogazione di maternità se realizzata all'estero, in uno Stato in cui non costituisce reato. In particolare, il tema merita approfondimento alla luce della recente riforma normativa *ex* 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», che ha esteso la punibilità della surrogazione di maternità anche se posta in essere al di fuori dei confini nazionali da parte di cittadini italiani.

Per comprendere appieno i lineamenti di questo rapporto, le implicazioni giuridiche che ne derivano e le rilevanti questioni sollevate sia sul piano penalistico, sia sul fronte del diritto costituzionale e internazionale, è necessario interrogarsi preliminarmente sul fenomeno sociale e giuridico che ha sollecitato il legiferante a intervenire con una previsione tanto incisiva. La risposta la si rinviene proprio all'interno del già citato fenomeno del cosiddetto turismo procreativo: pratica consistente nel recarsi all'estero, da parte di coppie italiane, per accedere alle tecniche di PMA vietate in Italia, ma soprattutto per realizzare la surrogazione di maternità.

Tale fenomeno verrà analizzato a breve¹ sul fronte della trascrizione dell'atto di nascita regolarmente redatto all'estero: sia sul piano penalistico in relazione alla possibile configurazione di determinate fattispecie di reato, quali l'alterazione di stato *ex* art. 567, co. 2, c.p. e la falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri *ex* art. 495, co. 2, n. 1, c.p.; sia sul piano civilistico rispetto al riconoscimento degli effetti propri del rapporto di genitorialità col minore della coppia committente. Assume, però, qui un rilievo differente, non in relazione allo *status filiationis*, ma in funzione della possibile rilevanza penale della condotta tenuta fuori dal territorio nazionale. Pertanto, il turismo procreativo è una chiave di lettura imprescindibile per comprendere l'origine e la *ratio* della nuova disciplina introdotta dalla legge n. 169/2024 e le criticità da essa derivanti.

¹ Si veda *infra*, cap. III, par. 2.

Con l'espressione "turismo procreativo", già più volte esplicitata, ci si riferisce – nello specifico ambito della maternità surrogata – alla condotta posta in essere da singoli o coppie di cittadini italiani che, a causa del divieto di surrogazione di maternità presente nel nostro ordinamento giuridico, decidono di recarsi in uno Stato estero nel quale la gestazione per altri è lecita o comunque tollerata. In tale contesto, la coppia committente si accorda con un centro estero specializzato che provvede a selezionare una donna volontaria disposta a portare a termine la gravidanza, all'esito della quale i genitori intenzionali rientreranno in Italia in possesso dell'atto di nascita, redatto secondo la normativa del Paese ospitante, che ne attesta la genitorialità².

L'elemento giuridicamente significativo che emerge dallo sviluppo di tale prassi è la sua intrinseca dimensione transazionale. La surrogazione di maternità è, infatti, regolata in modo profondamente eterogeneo nei diversi ordinamenti europei ed extraeuropei e tale differenza di disciplina ha finito per incentivare un vero e proprio spostamento selettivo dei soggetti interessati alla genitorialità, tramite surrogazione di maternità, verso gli ordinamenti ritenuti più favorevoli, rendendo il terreno internazionale un contesto fertile per l'aggiramento dei divieti normativi interni.

L'urgenza di una regolamentazione più incisiva in materia è stata recentemente sollevata con forza dai dati emersi in occasione del sesto Congresso nazionale della Società Italiana della Riproduzione Umana (SIRU), svoltosi a Roma nel 2023. Secondo quanto riportato dagli specialisti intervenuti, il numero di coppie italiane che si sono recate all'estero per accedere alle tecniche riproduttive è notevolmente cresciuto, in seguito alla pausa forzata costituita dal Covid-19, fino a giungere, nel 2022, a circa tredicimila unità³.

Tale dato è il combinato sia di coloro i quali si recano all'estero a causa delle difficoltà legate all'accesso alle legali tecniche di PMA ancora presenti nel nostro Paese, sia di coloro i quali, invece, si rivolgono all'estero per poter accedere alla surrogazione di maternità, vietata e penalmente sanzionata in Italia. E se a fronte

² Sul tema si veda ZINCANI, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, cit., 10.

³ In argomento MEDETTI, *Genitori con la valigia: il turismo procreativo continua a crescere. I dati, le mete, chi parte e perché*, in *Repubblica*, 2023; "Turismo procreativo": oltre 13mila coppie all'estero, in *equivalente.it*, 2023.

del primo profilo il legislatore non è ancora intervenuto sul testo normativo della l. n. 40/2004, lasciando irrisolte le problematiche legate alla disomogeneità territoriale nell'erogazione delle prestazioni, alla scarsità dei centri pubblici e ai costi elevati del settore privato; al contrario, rispetto al secondo motivo di “fuga”, ha reagito, non con un ripensamento del divieto assoluto, ma a causa dell'intrinseco disvalore della pratica, attraverso un inasprimento della disciplina, ossia prevedendo la punibilità della condotta anche se commessa all'estero.

Tale dinamica transnazionale si concretizza, nella prassi, in un numero significativo di Paesi che si configurano come principali mete del turismo procreativo per le coppie italiane. Tra queste, l'Ucraina ha rappresentato per anni una delle destinazioni predilette, grazie a un quadro normativo favorevole che consente la maternità surrogata commerciale per coppie eterosessuali sposate, garantendo la piena attribuzione dello *status filiationis* ai genitori intenzionali e negando ogni diritto genitoriale alla madre surrogata. Altre destinazioni molto frequentate sono la Georgia, dove la normativa presenta caratteristiche simili e i costi risultano particolarmente competitivi, e la Grecia, che consente la gestazione per altri in forma altruistica, previa autorizzazione giudiziaria, rappresentando una soluzione giuridicamente più bilanciata per le coppie italiane che desiderano ricorrere alla surrogazione nel rispetto delle forme legali⁴.

Non mancano, tuttavia, soluzioni più onerose, ma percepite come più sicure e inclusive, come quelle offerte da alcuni Stati degli Stati Uniti d'America – in particolare la California – in cui la maternità surrogata è regolata da contratti dettagliati, riconosciuti dai tribunali, ed è accessibile anche a coppie omosessuali e a single. Infine, il Canada si configura come un'alternativa interessante, sebbene esclusivamente in forma altruistica: qui la legge consente l'accesso alla surrogazione anche alle coppie dello stesso sesso, ma la disponibilità delle madri surrogate e i lunghi tempi di attesa possono rappresentare un limite pratico⁵.

È evidente, dunque, come il fattore geografico, normativo ed economico giochi un ruolo determinante nella scelta della destinazione, rendendo il fenomeno del turismo procreativo un chiaro esempio di mobilità motivata da esigenze legate

⁴ Cfr. BONANATA, *Maternità surrogata: tipologie, procedure e costi. La situazione nel mondo, tra divieti e permessi*, in RaiNews, 2024.

⁵ Sul tema si veda ampiamente *Paesi in cui la maternità surrogata è legale*, in Gestlifesurrogacy.

all'accesso alla genitorialità in condizioni di sicurezza giuridica. Dinanzi a questo complesso fenomeno e all'articolato e variegato panorama giuridico sovranazionale e nazionale esistente, resta necessario comprendere fino a dove possano spingersi le pretese punitive nazionali, approfondire il tema dell'applicazione della legge penale nello spazio e quali siano i limiti invalicabili e le implicazioni della riforma.

2. La repressione “indiretta” della maternità surrogata all'estero e il divieto di trascrizione dell'atto di nascita.

L'ordinamento italiano, dinanzi a tale fenomeno di emigrazione procreativa, ha tentato di reprimere la GPA in maniera “indiretta”, incidendo sul momento immediatamente successivo alla conclusione della condotta di maternità surrogata tenuta all'estero: sia, sotto il profilo civilistico, attraverso il divieto di trascrizione dell'atto di nascita, sia, sul piano penalistico, tramite la sussunzione della richiesta del riconoscimento dell'atto estero, da parte dei genitori committenti, in ipotesi di reato quali l'alterazione di stato o le false dichiarazioni a pubblico ufficiale.

Si è, insomma, tentato di contrastare la piena efficacia, nell'ordinamento interno, del percorso genitoriale che si è realizzato all'estero in violazione di norme imperative. La nascita, infatti, viene registrata dall'Ufficiale dello Stato civile estero ove è avvenuta ed è così che viene riconosciuta la genitorialità ai committenti, ma, affinché il nascituro possa acquistare lo *status* di figlio, lo stesso necessita di essere trascritto nel nostro ordinamento giuridico⁶.

Si pongono, però, sia il problema della compatibilità delle presenti trascrizioni col principio dell'ordine pubblico, – dovendosi verificare se la normativa italiana in materia, ossia la l. n. 40/2004, contenga principi fondamentali e costituzionalmente obbligati, che sarebbero violati dalla trascrizione di tale atto formato legalmente all'estero –, sia il problema della possibile configurazione di determinate ipotesi di reato, quali l'alterazione di stato e le false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali.

⁶ Sul tema FIORE, TOMASIELLO, ROBERTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 25 ss.

2.1. Profili civilistici: il contrasto della trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero con il principio dell'ordine pubblico.

Il principale problema che si pone rispetto alla trascrizione dell'atto di nascita straniero nel nostro ordinamento è quello relativo alla contrarietà all'ordine pubblico. Non riconoscere alcuna responsabilità genitoriale in capo ai genitori intenzionali implica escludere che la coppia committente possa costituire un rapporto, legalmente valido, col bambino e conseguentemente che venga meno la famiglia venuta ad esistenza attraverso la GPA.

Il riconoscimento del figlio, di cui all'art 250 c.c., è prodromico alla redazione dell'atto di nascita che deve avvenire nel rispetto dell'ordine pubblico, a sua volta funzionale al verificarsi di un riconoscimento veritiero, conferme cioè o alla verità biologica o allo *status* di figlio legittimo in base alle norme sull'adozione. Tale riconoscimento nel caso di specie non sarebbe veritiero, in quanto la madre surrogata non corrisponde al soggetto che per la legge italiana è genitore naturale, ossia la madre partorienti⁷. La mancata trascrizione, per tale difetto di veridicità, implica una serie di corollari dannosi per il minore che: *in primis*, non avrebbe riconosciuta la cittadinanza italiana, risultando apolide, *in secundis* non sarebbe assicurato nei suoi confronti l'accesso ai trattamenti medici e all'istruzione in assenza del consenso genitoriale necessario e in ultimo, non sarebbe titolare dei diritti di successione.

Sul tema, dinanzi al silenzio del legislatore, merita spazio la voce della giurisprudenza⁸. La Corte d'Appello di Bari⁹ chiamata ad accertare la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento dei *parental orders* del Regno Unito¹⁰, per un fatto però antecedente all'entrata in vigore della l. n. 40/2004, ha affermato che la nozione di ordine pubblico, rilevante nel caso di specie per determinare la liceità della trascrizione, deve essere di natura internazionale vista la cittadinanza britannica dei nati. Il divieto italiano e il principio della prevalenza della maternità

⁷ Si veda DE ANGELIS, *Mater semper certa erat*, cit., 7 s.

⁸ Sul tema LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Torino, 2017, 144 ss.; FIORE, TOMASIELLO, ROBORTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 27 ss.

⁹ V. Trib. Bari, 13/02/2009, in *Giurisprudenza di merito*, 2010.

¹⁰ Con tali atti l'ordinamento inglese attribuisce la maternità dei nati da surrogazione alla donna committente, laddove la madre surrogata vi abbia espressamente acconsentito.

biologica su quella sociale non sono indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale in quanto vi sono legislazioni che non accolgono tale disciplina. E la Corte, dovendo valutare gli effetti della situazione giuridica acquisita all'estero rispetto alla legge italiana e alle ricadute effettive, si è concentrata sull'interesse concreto del minore. Ha stabilito la liceità del riconoscimento, ritenendo si fosse formato un nucleo familiare sereno e vi fosse la contestuale rinuncia espressa della madre surrogata a non avere nessun diritto, dovere e compenso.

Il Tribunale di Forlì nel 2011, dianzi a una questione simile, ha ritenuto non contrario all'ordine pubblico il riconoscimento dello stato di filiazione legittimo per i figli nati da GPA, pur affermando essere, la pratica in sé, contraria all'ordine pubblico, soprattutto ove non vi sia alcun apporto genetico della madre committente¹¹. Conseguentemente, basando la conformità all'ordine pubblico sulla presenza di un legame genetico ha accolto la richiesta di trascrizione del padre committente, che era anche padre biologico e ha rifiutato quella della madre solo committente.

La Corte di Cassazione, invece, nella sentenza n. 24001/2014¹² ha dichiarato la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato attraverso la surrogazione di maternità in Ucraina contraria all'ordine pubblico. Ha ritenuto che il richiamo al suddetto principio debba intendersi non solo al rispetto delle norme imperative ma anche ai principi fondamentali dell'ordinamento che non coincidono unicamente con i valori condivisi dalla comunità internazionale, ma consistono anche in quelli propri. Ha dichiarato conseguentemente nullo il contratto di surrogazione, disponendo l'adottabilità del minore che tra l'altro non aveva nessun legame genetico e biologico con la coppia, essendo nato da un contatto di maternità surrogata eterologa. Il minore sarebbe tutelato proprio dalla scelta di sottrarlo da una genitorialità disgiunta dal legame biologico¹³. I genitori committenti non

¹¹ Cfr. Trib. Forlì, 25/10/2011, in *Riv. dir. fam. e pers.*, 2013, «il legame materno si ridurrebbe a un semplice elemento volontaristico che prescinde da qualsiasi legame biologico o naturale».

¹² V. Cass. civ., Sez. I, 11/11/2014, n. 24001, in *DeJure*.

¹³ Si veda TOMASI, *Corte di Cassazione - sez. I civ. - sent. 24001/14: maternità surrogata*, in *Biodiritto*, 2014; CALOGERO, *L'itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 17 bis, 2022, 771 ss.

potevano, inoltre, neanche adottarlo, sia per assenza dei requisiti d'età, che per inidoneità all'adizione, di cui sarebbe indice proprio il ricorso alla GPA.

La pronuncia si è posta, però, in contrasto con le sentenze gemelle della Corte EDU del 2014¹⁴ in cui la Corte di Strasburgo ha per la prima volta affermato, invece, il diritto dei figli a vedersi riconosciuto lo *status* di figli legittimi nel caso in cui siano nati dall'applicazione delle tecniche volte alla surrogazione di maternità.

Sul tema, uno dei casi che più merita menzione è quello deciso dalla Cassazione con la sentenza 19599/2016¹⁵. La Corte ha affrontato il caso di un minore nato in Spagna da una coppia omosessuale femminile, composta da una cittadina italiana e donatrice dell'ovulo e una cittadina spagnola e gestante, coniugate secondo l'ordinamento spagnolo. L'atto di nascita, redatto in Spagna, riconosceva come genitori entrambe le donne. A seguito della separazione della coppia, la madre italiana aveva chiesto la trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile italiano, al fine di vedere riconosciuto il rapporto di filiazione e consentire al minore di acquisire anche la cittadinanza italiana. L'Ufficiale di stato civile aveva negato la trascrizione per contrarietà all'ordine pubblico, ritenendo che, secondo l'ordinamento italiano, la maternità possa essere attribuita esclusivamente alla donna che ha partorito (art. 269, co. 3, c.c.). Tale interpretazione era stata confermata in primo grado dal Tribunale di Torino, che aveva ritenuto inammissibile anche l'azione proposta ai sensi dell'art. 96 del d.P.R. 396/2000. La Corte di Appello di Torino, in sede di reclamo, ha invece accolto le istanze delle ricorrenti, riconoscendo il rapporto di filiazione anche secondo il

¹⁴ Cfr. Corte EDU, 26/06/2014, n. 65941/11 (Caso *Labasse*) e 26/06/2014, n. 65192/11 (Caso *Mennesson*). Due coppie francesi, dopo aver ottenuto il riconoscimento del rapporto di filiazione negli Stati Uniti a seguito di maternità surrogata, si sono viste rifiutare dalle autorità francesi la trascrizione degli atti di nascita, in quanto l'ordinamento nazionale vieta tale pratica per ragioni di ordine pubblico. La Corte di Cassazione francese ha confermato il diniego, sostenendo che registrare tali atti equivarrebbe a dare esecuzione a contratti nulli.

Le coppie hanno quindi proposto ricorso alla Corte EDU, lamentando la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU. La Corte ha riconosciuto che tra i minori e i genitori committenti esisteva un legame familiare e ha ritenuto l'ingerenza dello Stato francese conforme alla legge e diretta a scopi legittimi. Tuttavia, ha rilevato che il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione superava il margine di apprezzamento di cui gli Stati sono titolari e creava un'incertezza giuridica per i minori, compromettendone l'identità e violando il loro diritto al rispetto della vita privata. Di conseguenza, la Corte ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU e condannato la Francia al risarcimento dei figli.

¹⁵ Si veda Cass. civ., Sez. I, 30/09/2016, n. 19599, cit.

diritto italiano. La decisione è stata confermata dalla Suprema Corte, la quale ha affermato importanti principi in materia di ordine pubblico internazionale e interesse superiore del minore.

In particolare¹⁶, la Cassazione ha chiarito che il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico di un atto di stato civile straniero, non deve verificare se l'atto applichi una disciplina conforme a quella nazionale, anche se imperativa, ma se contrasti con i principi fondamentali che tutelano diritti inviolabili, tra cui spicca quello all'identità personale e relazionale del minore. La norma interna – nella specie l'art. 269, comma 3, c.c., secondo cui è madre solo colei che partorisce – non assume valore di principio fondamentale costituzionalmente vincolante e, pertanto, non può costituire limite assoluto al riconoscimento di uno *status filiationis* validamente acquisito all'estero. Inoltre, il concetto di ordine pubblico deve essere interpretato alla luce dell'art. 117, co. 1, Cost., che impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e internazionale. Ciò comporta la necessità di una lettura sistematica e convenzionalmente orientata delle norme interne, in conformità alla giurisprudenza della Corte EDU, in particolare con riferimento all'art. 8 CEDU, che tutela la vita privata e familiare. Ha affermato, la Corte, che l'interesse superiore del minore, avente rilevanza costituzionale primaria, impone il riconoscimento della continuità dello *status filiationis* legittimamente attribuito in un altro Stato membro dell'Unione Europea, in quanto funzionale a evitare situazioni di incertezza giuridica che comprometterebbero l'identità del minore, i suoi diritti alla cittadinanza, alla libertà di circolazione, all'eredità e alla rappresentanza legale. La Corte ha quindi escluso che si potesse invocare il divieto di maternità surrogata di cui alla legge n. 40/2004, chiarendo che nel caso in esame non ricorreva una surrogazione di maternità, bensì una forma di genitorialità realizzata all'interno di una coppia omosessuale attraverso fecondazione eterologa. Ha affermato che l'atto di nascita straniero da cui risulti la nascita di un figlio da due madri – una che ha donato l'ovulo e una che ha partorito – non contrasta con l'ordine pubblico, pur se

¹⁶ Si veda ampiamente VASSALLO, *Figlio nato da due madri all'estero? Sì al riconoscimento in Italia*, in *Altalex*, 2016.

la tecnica utilizzata non è prevista né ammessa dall'ordinamento italiano, trattandosi di una scelta legislativa non costituzionalmente obbligata.

Alla luce di queste considerazioni ha riconosciuto l'efficacia dell'atto di nascita straniero e la legittimità della trascrizione nel registro italiano dello stato civile.

2.2. (segue) Il contesto evolutivo della materia nelle pronunce nazionali e sovranazionali.

Le pronunce giurisprudenziali che hanno segnato l'evoluzione di questa materia non sono, però, terminate nel 2016. Infatti, se le sentenze precedentemente esposte, mostrando un'apparente apertura giurisprudenziale, sono state funzionali alla comprensione della divergenza di prospettive sul tema e della complessità dello stesso, resta ora necessario concludere questo percorso fino a giungere al presente e a quella che è la disciplina oggi maggiormente accolta con favore.

Prima di procedere alla disamina delle pronunce nazionali, per iniziare il percorso di sempre maggiore chiusura giurisprudenziale che verrà esposto, merita attenzione la decisione resa il 24 gennaio 2017 dalla Grande Camera della Corte EDU¹⁷. Ove la Corte ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU in un caso in cui le autorità italiane non solo avevano rifiutato di trascrivere l'atto di nascita di un bambino nato da madre surrogata in Russia, ma avevano anche disposto il collocamento del minore presso i servizi sociali dopo un periodo di convivenza di sei mesi con la coppia committente¹⁸.

Diversamente dai casi *Mennesson e Labassee*, in *Paradiso e Campanelli* mancava qualsiasi legame genetico tra il minore e i committenti: secondo la coppia, infatti, l'embrione impiantato era stato generato con gameti diversi da quelli forniti. La Corte ha riconosciuto che la misura statale ha inciso sulla vita privata dei ricorrenti, ostacolando il loro progetto genitoriale, ma ha, tuttavia, ritenuto la misura proporzionata e legittima, poiché fondata su una valutazione complessiva degli interessi in gioco, in particolare di quelli del minore.

¹⁷ V. Corte EDU, Grande Camera, 24/01/2017, n. 25358712, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in HUDOC.

¹⁸ In argomento si veda ampiamente TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2017, 4, 1425 ss.

I giudici hanno valorizzato il fatto che l'età del bambino era molto tenera e il legame con la coppia ancora non consolidato, ritenendo quindi non grave né irreparabile il trauma da separazione. Inoltre, hanno richiamato l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri in materia di GPA, tema sul quale non esiste un consenso europeo e che tocca profili eticamente sensibili¹⁹.

Sebbene la Corte abbia formalmente evitato di porsi in contrasto con le precedenti pronunce, la sentenza *Paradiso e Campanelli* segna un importante punto di svolta. In essa, la Corte ha ritenuto conforme all'art. 8 CEDU la misura più severa – l'allontanamento del minore – ed è quindi plausibile ritenere che avrebbe escluso la violazione anche rispetto al solo rifiuto di trascrizione, se la relativa doglianza fosse stata ricevibile.

Compiuta tale premessa la prima storica sentenza della Corte costituzionale riguardo la maternità surrogata è la n. 272/2017²⁰. La Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 263 c.c., rispetto agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 co. 1 Cost.²¹, quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, che era stata alla stessa sottoposta dalla Corte d'Appello di Milano, in riferimento alla parte in cui nella disposizione non è previsto che l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore, in difetto di veridicità, possa essere accolta solo quando risponda all'interesse del minore stesso²².

Due cittadini italiani nel 2012 avevano ottenuto la regolare formazione di un atto di nascita di loro figlio, avuto attraverso la surrogazione di maternità, in India. La coppia aveva richiesto, successivamente, in Italia la trascrizione dell'atto di nascita che era, però, stata sospesa dall'ufficiale di stato civile. Il quale aveva dato notizia alla Procura della repubblica del sospetto che il bambino fosse nato

¹⁹ Per un approfondimento sul tema si veda *infra*, cap. III, par. 5.3.

²⁰ Cfr. Corte Cost., 18/12/2017, n. 272, cit.

²¹ Le norme costituzionali che si assumevano violate erano: l'art. 2, per la natura inviolabile del diritto del minore a non vedersi privato del nome, dell'identità personale e della stessa possibilità di avere una madre, mantenendo lo *status filiationis* nei confronti di colei che abbia effettuato il riconoscimento; l'art. 3, il principio di ragionevolezza richiederebbe di poter valutare, in concreto, un interesse che potrebbe non coincidere col *favor veritatis*; l'art. 30, che tutela, accanto alla genitorialità biologica, anche una genitorialità sociale; l'art. 31, come disposizione riassuntiva e generale; l'art. 117, co. 1, in relazione all'art. 8 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in situazioni riconducibili alla maternità surrogata (*Menesson e Labassee* e *Paradiso e Campanelli*).

²² Si veda sul tema, TOMASI, *Corte costituzionale - sent. 272/2017: gestazione per altri, interesse del minore e certezza degli status*, in *Biodiritto*, 2017.

attraverso tecniche di surrogazione avvenute tramite ovodonazione. Contemporaneamente la Procura avviava il procedimento per l'adottabilità del minore e i genitori richiedevano e ottenevano la trascrizione. Per questo il tribunale di Milano, sei mesi dopo, dichiarava non adottabile il minore essendovi stato, tra l'altro il matrimonio della coppia e l'accertamento della paternità biologica del padre committente. Quanto avvenuto si poneva in linea di continuità con la sentenza della Cassazione da ultimo esposta, e coerentemente con questo orientamento il curatore speciale del Tribunale dei minori di Milano chiedeva il disconoscimento della madre solo intenzionale e non biologica. Istanza questa accolta dal Tribunale di Milano nel 2014, sia nel rispetto dell'art. 269, co. 3 c.c., sia per l'invalidità del contratto di surrogazione, poiché vietato nel nostro ordinamento, che altrimenti avrebbe costituito l'atto fondante la maternità. La donna ricorreva conseguentemente alla Corte d'Appello di Milano che a sua volta, nel 2016 rimetteva la suddetta questione alla Corte costituzionale.

La Corte, nel dichiarare non fondata la questione, ha affermato che il giudice, nella complessa valutazione ad egli rimessa relativamente al riconoscimento, deve valutare e adeguatamente bilanciare i diversi e in alcuni casi confliggenti interessi rilevanti: sia la conservazione dello *status filiationis*, sia la verità biologica, non potendosi escludere in modo netto la rilevanza di quest'ultimo elemento in adesione al divieto assoluto posto rispetto alla pratica di maternità surrogata e perché costituisce a sua volta uno dei tanti volti dell'interesse del minore.

Vi sono, infatti, casi in cui il bilanciamento è già svolto dalla legge come, ad esempio, avviene nel divieto di disconoscimento a seguito di fecondazione eterologa, ma in altri il legislatore impone al giudice di effettuare tale bilanciamento, «se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro»²³. La Corte ha ritenuto che nel giudizio in merito a tale bilanciamento il giudice debba tenere conto di ulteriori elementi quali: la durata del rapporto tra genitori e minore, la condizione identitaria

²³ V. Corte Cost., 18/12/2017, n. 272, cit.

dello stesso, le modalità di gestazione e concepimento, la possibilità che si possa procedere alla costituzione di un legame giuridico col genitore contestato per vie legali, ad esempio, tramite l'adozione in casi particolari e il disvalore proprio della fattispecie di surrogazione. Quindi la Corte pronunciandosi per la prima volta sulla GPA ha sancito come il *favor veritatis* non si ponga in conflitto con il *favor minoris* costituendo il primo una componente del secondo, ossia incarnandosi nell'interesse del minore ad un rapporto di filiazione veritiero.

Due anni dopo, nel 2019 le Sezioni unite civili della Corte di Cassazione²⁴ hanno negato la trascrizione di un ordine giudiziario estero, emesso dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario in Canada, con cui era riconosciuto lo *status* genitoriale ad uno dei due membri della coppia omosessuale che era privo del legame biologico con i due figli nati tramite GPA. I nascituri erano infatti stati concepiti con il liquido seminale di uno dei due componenti della coppia attraverso la surrogazione di maternità, in cui erano state coinvolte, tra l'altro, una donna gestante e una donna donatrice degli ovociti. I ricorrenti dinanzi al rifiuto della trascrizione da parte dell'ufficiale di stato civile avevano adito la Corte d'Appello di Trento che aveva accolto il ricorso *ex art. 67, l. n. 218/1995*.

Le Sezioni Unite, successivamente interpellate, hanno ritenuto che il mancato riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento straniero trovasse riscontro nel divieto di surrogazione di maternità, essendo preminente la tutela del principio di ordine pubblico posto a tutela della dignità della donna. La Corte riconosce che l'apertura dell'ordinamento nazionale verso gli ordinamenti stranieri ha modificato il conetto di ordine pubblico arricchendolo e rendendolo caratterizzato da una sempre più marcata concentrazione di valori giuridici e diritti fondamentali condivisi a livello internazionale. Tuttavia, la Corte riprendendo quanto già affermato nella sua pronuncia precedente, ritiene che per il riconoscimento del provvedimento straniero la valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico deve riguardare non solo i principi fondamentali costituzionali e sovranazionali ma anche il modo con cui gli stessi sono incarnati nella disciplina prevista per i singoli istituti e ritiene debba considerarsi anche l'interpretazione

²⁴ Si veda Cass. civ., Sez. Un., 08/05/2019, n. 12193, in *DeJure*.

giurisprudenziale sul tema²⁵. La Corte ha sottolineato come a differenza del caso deciso con la sentenza n. 19599/2016, la fattispecie in esame fosse propriamente un'ipotesi di surrogazione di maternità, pratica che offende la dignità della donna e del minore profondamente e si pone pertanto in contrasto con la concezione dell'ordine pubblico che si cala in questa fattispecie. Dinanzi a ciò l'interesse alla conservazione dello *status filiations* quasi scompare, sussistendo però la possibilità di costruire comunque un legame con il minore tramite l'adozione in casi particolari.

Difronte a questa maggiore chiusura delle Corti italiane resta di fondamentale importanza la pronuncia della Corte costituzionale n. 33 del 2021²⁶, con cui per la seconda volta il Giudice delle leggi è tornato sul tema. Nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità ad essa poste, ha però invitato il Parlamento ad intervenire in tema di tutela degli interessi dei minori nati da surrogazione di maternità, lasciando intendere la necessità di un intervento legislativo. Il caso che ha dato origine al giudizio riguarda un bambino nato nel 2015 in Canada attraverso GPA da un embrione generato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana unito in matrimonio in Canada – con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili – con altro uomo, pure di cittadinanza italiana, con il quale aveva condiviso il progetto genitoriale. L'atto di nascita canadese inizialmente indicava solo il padre biologico, escludendo il genitore intenzionale, la madre surrogata e la donatrice. Tuttavia, nel 2017, la Corte Suprema della British Columbia, accogliendo il ricorso proposto dai due uomini, riconosceva entrambi i membri della coppia come genitori legali del minore, disponendo la rettifica dell'atto di nascita.

Sulla base di tale decisione i due uomini avevano chiesto all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare anche l'atto di nascita del bambino in Italia. In seguito al rifiuto opposto a tale richiesta, essi avevano adito la Corte d'appello di

²⁵ Sul tema SIGNORELLA, *Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili – sent. n. 12193/2019: maternità surrogata, negata la trascrizione alla sentenza straniera che riconosce la doppia paternità*, in *Biodiritto*, 2019; FIORE, TOMASIELLO, ROBERTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, cit., 34 ss.

²⁶ V. Corte Cost., 09/03/2021, n. 33, in *cortecostituzionale.it*.

Venezia che nel 2018 accoglieva la domanda, riconoscendo efficacia al provvedimento canadese in Italia ai sensi dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995.

L'Avvocatura dello Stato aveva tuttavia interposto ricorso per cassazione nell'interesse del Ministero dell'interno e del Sindaco del Comune ove era stato trascritto l'originario atto di nascita del minore. La Cassazione ha ritenuto di rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, co. 6, l. n. 40/2004, 18 del DPR 396/2000 e 64, co. 1, lett. g), l. n. 218/1995²⁷ – così come interpretati fedelmente all'orientamento proprio delle S.U. in cui si esclude la possibilità del riconoscimento di provvedimenti stranieri attestanti lo *status* genitoriale del genitore intenzionale per il limite dell'ordine pubblico –, rispetto agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, e all'art. 24 CDFUE.

Particolare rilievo nella decisione ha assunto il parere consultivo della grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, reso su richiesta della Corte di cassazione francese il 10 aprile 2019, con il quale si è affermato che il diritto al rispetto della vita privata del bambino, ai sensi dell'art. 8 CEDU, impone agli Stati membri di garantire un mezzo per il riconoscimento giuridico del legame con il genitore d'intenzione, anche se ciò non implica necessariamente la trascrizione integrale dell'atto estero. Secondo la Corte rimettente, la normativa vigente avrebbe discriminato il minore violando il suo diritto all'inserimento e alla stabile permanenza nel proprio nucleo familiare, senza che ciò apporti alcun vantaggio alla madre «surrogata». Sarebbe stato, inoltre, irragionevole consentire di riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello d'intenzione, posto che il primo sarebbe stato ancor più coinvolto nella pratica procreativa. Infine, ha dubitato della preclusione posta al giudice alla possibilità di compiere una valutazione caso per caso, essendo, tra l'altro, l'adozione in casi particolari, ai sensi

²⁷ La censura di illegittimità riguarda l'art. 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995, che vieta il riconoscimento di sentenze straniere allorché producano effetti contrari all'ordine pubblico; l'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, che vieta la trascrizione nei registri dello stato civile italiani di atti formati all'estero contrari all'ordine pubblico; l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, che prevede sanzioni penali a carico di chiunque «in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità».

dell'art. 44, c. 1, lett. d), l. n. 184/1983, inidonea a garantire il reale legame di filiazione con il genitore d'intenzione.

La Corte, innanzitutto, ha distinto consapevolmente, a differenza della Cassazione nella sent. 12193/2019, il giudizio sulla condotta dei genitori, dalla tutela dei diritti del figlio, chiedendosi se il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite sia compatibile con i diritti del minore nel suo interesse personale. La Consulta ha compiuto un passaggio davvero importante, affermando che non vi è alcun dubbio riguardo l'interesse di un bambino, accudito sin dalla nascita da due genitori che lo hanno voluto, a che tale rapporto sia giuridicamente riconosciuto perché esistente nella realtà fattuale, costituendo, questi legami, parte integrante dell'identità stessa del minore e permettendogli, così, di avere riconosciuti i diritti che gli spettano in base alla titolarità giuridica dei doveri facenti capo ai genitori nell'esercizio della respirabilità genitoriale. Quindi non è riconosciuto un diritto alla genitorialità, ma il diritto del bambino ad avere due genitori responsabili di lui e della sua crescita. La Corte ha precisato, però, che l'interesse del minore necessita comunque di essere bilanciato con gli altri interessi rilevanti al fine di disincentivare il ricorso alla GPA, conformemente a quanto ritenuto dalla Grande Camera, che nel prevedere sia garantito il riscotimento del figlio, lascia un ampio margine di apprezzamento ai singoli Stati su come ciò avvenga. La Corte ha ritenuto dunque necessaria l'individuazione di un mezzo adeguato di tutela che non strumentalizzi il minore al fine di dissuadere la pluralità dei consociati dal ricorso alla surrogazione, non essendo adeguato l'istituto dell'adozione in casi particolari a tal fine. Dinanzi a questo slancio del Giudice delle leggi vi è però, l'amara (ma conforme al proprio ruolo) conclusione, nella quale ha ritenuto che fosse compito del legislatore intervenire per risolvere tale deficienza di tutela e determinare tale bilanciamento²⁸.

La Corte di Cassazione è, in ultimo, intervenuta nel caso in esame con la sentenza n. 38162/2022²⁹³⁰. Le S.U. hanno affermato che la pronuncia della

²⁸ In argomento RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte Cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, 2021, 1, 220.

²⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 30/12/2022, n. 38162, in *DeJure*.

³⁰ Sul tema BAZZONI, *La nuova pronuncia delle Sezioni Unite sulla maternità surrogata (1/2023)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023.

Consulta non ha determinato un vuoto normativo ma semplicemente ha riconosciuto l'impossibilità da parte del potere giudiziario di introdurre, in assenza di una legge, – e quindi “creativamente” – una disciplina normativa *ex novo*. Pertanto, dinanzi al quadro normativo vigente hanno ritenuto che la surrogazione di maternità offenda in modo intollerabile la dignità della donna, minando nel profondo le relazioni umane e hanno affermato però anch'esse la necessità dell'intervento del legislatore affinché sia più spedito il procedimento previsto ex art. 44, lett. b), l. n. 184/1983.

Merita, poi, particolare attenzione la più recente pronuncia sul tema resa dalla Prima Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo, risalente al 22 giugno 2023³¹, con la quale sono stati decisi congiuntamente tre ricorsi presentati da altrettante coppie omosessuali italiane. I ricorrenti lamentavano il rifiuto, da parte di tre comuni italiani, di trascrivere nei registri dello stato civile gli atti di nascita, redatti negli Stati Uniti e in Canada, dei figli legalmente concepiti mediante gestazione per altri. Tali atti riconoscevano un rapporto di filiazione non solo con il padre biologico, ma anche con il padre d'intenzione. Secondo i ricorrenti, tale rifiuto costituiva una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall'articolo 8 della CEDU, nonché una forma di discriminazione vietata dall'articolo 14, in combinato disposto con il medesimo articolo 8.

La Corte ha ritenuto i ricorsi irricevibili, osservando che lo Stato italiano, pur vietando la trascrizione degli atti di nascita nella parte relativa al genitore d'intenzione, non impediva in modo assoluto il riconoscimento giuridico del legame affettivo tra il minore e quest'ultimo. Tale riconoscimento risulta infatti garantito attraverso l'adozione in casi particolari, prevista dall'articolo 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983. In questo senso, la Corte ha richiamato le posizioni assunte dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale, le quali hanno sottolineato come, pur nel rispetto del divieto penalmente sanzionato della GPA (art. 12, co. 6, legge n. 40/2004), debba comunque essere assicurata la tutela dell'interesse superiore del minore, anche tramite strumenti giuridici alternativi alla trascrizione automatica.

³¹ Corte EDU, 30/05/2023, n. 10810/20, *Bonzano e altri c. Italia*, comunicata per iscritto il 22/06/2023.

I giudici di Strasburgo hanno inoltre evidenziato che, nei casi esaminati, i ricorrenti non avevano tempestivamente fatto ricorso alla procedura di adozione, pur essendo essa disponibile e consolidata nella prassi giurisprudenziale. Per tale ragione, hanno escluso che vi fosse un ostacolo generale e assoluto alla tutela del rapporto genitoriale e hanno concluso che il mancato riconoscimento, nella forma richiesta, non avesse inciso in modo significativo sul godimento del diritto alla vita familiare. La Corte ha infine ritenuto superfluo pronunciarsi autonomamente sulla presunta violazione dell'articolo 14 CEDU, dichiarando i ricorsi irricevibili in quanto lo Stato italiano non ha oltrepassato il margine di apprezzamento riconosciutogli nella determinazione dei mezzi giuridici idonei a riconoscere la filiazione.

Secondo alcune voci dottrinali, la decisione della CEDU «non chiude la questione, ma la riporta esattamente al punto in cui era iniziata»³².

A conferma del persistente orientamento restrittivo circa il riconoscimento del genitore d'intenzione, si collocano tre recenti pronunce della Corte di Cassazione civile. Con ord. n. 26967/2023³³, la Prima Sezione ha ribadito l'illegittimità della trascrizione di atti di nascita formati all'estero mediante GPA nella parte in cui indicano quale genitore il solo padre intenzionale, richiamando la necessità di un intervento del legislatore per colmare il vuoto normativo evidenziato anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 33/2021. In senso conforme, con ord. n. 85/2024³⁴, la stessa Sezione ha negato la trascrivibilità automatica del provvedimento straniero che riconosce il padre d'intenzione, riaffermando che la tutela dell'interesse del minore è garantita dall'adozione in casi particolari, unico strumento attualmente conforme al quadro normativo vigente. Infine, con ord. n. 7228/2024³⁵, la Corte ha accolto il ricorso del Procuratore generale in un caso di riconoscimento dichiarativo operato da una madre intenzionale in una coppia omosessuale, confermando che l'unico strumento idoneo alla contestazione della legittimità dell'annotazione sull'atto di nascita resta la rettifica ex art. 95 d.P.R.

³² Così PALMA, *Figli della Gpa la sentenza della Cedu non cambia nulla*, in *Public policy*, 2023.

³³ V. Cass. civ., Sez. I, ord. 21/09/2023, n. 26967, in *DeJure*.

³⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. I, ord. 03/01/2024, n. 85, in *DeJure*.

³⁵ Si veda Cass. civ., Sez. I, ord. 18/03/2024, n. 7228, in *DeJure*.

396/2000 e non l'azione *ex art. 263 c.c.*, riaffermando la centralità dei limiti imposti dalla disciplina vigente in tema di *status filiationis*.

Per concludere tale ricco percorso giurisprudenziale non si può mancare di segnalare la sentenza n. 68 del 2025 della Corte costituzionale³⁶. In tale recentissima pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, l. n. 40/2004, nella parte in cui non prevede che possa essere riconosciuto dalla madre intenzionale, il minore legittimamente nato in Italia da PMA (eterologa) svolta all'estero legalmente da una coppia di donne. La Corte ha riconosciuto in questa preclusione normativa la violazione degli articoli 2, 3 e 30 della Costituzione, per il grave pregiudizio arrecato all'identità personale del minore, alla sua parità di trattamento rispetto agli altri bambini e alla piena ed effettiva tutela del suo diritto a una doppia genitorialità. Risulta centrale nella motivazione della Consulta il riconoscimento della responsabilità genitoriale non più come mero riflesso del dato biologico, ma come effetto del consenso consapevolmente prestato al percorso procreativo. È proprio questo consenso a fondare l'assunzione degli obblighi che derivano dalla genitorialità, rendendo costituzionalmente necessario che al minore sia riconosciuto lo *status* di figlio anche nei confronti della madre intenzionale, così come avviene già, in casi analoghi, per la PMA praticata da coppie eterosessuali.

Nel vaglio di costituzionalità, la Corte affronta con particolare attenzione il nodo del bilanciamento tra l'interesse del minore a vedersi riconosciuta una doppia genitorialità e le eventuali esigenze pubbliche che potrebbero giustificare una compressione di tale diritto. La Corte distingue chiaramente la fattispecie in esame da quella della gestazione per altri, evidenziando che, nel caso della PMA eterologa tra due donne, non emerge alcun interesse contrapposto che possa legittimare una compressione del diritto del minore. A differenza della GPA – la cui disciplina trova fondamento nella necessità di tutelare la dignità della donna contro il rischio di sfruttamento e mercificazione del corpo femminile, e che giustifica il divieto previsto nel nostro ordinamento anche in chiave di ordine pubblico – la PMA tra donne non implica alcuna lesione di beni costituzionalmente rilevanti.

³⁶ Cfr. Corte Cost., 22/05/2025, n. 68, in *cortecostituzionale.it*.

Nella maternità surrogata, infatti, la Corte ha più volte riconosciuto che sussistono interessi concorrenti di pari rango – in particolare la salvaguardia della dignità della donna e il disincentivo a una pratica vietata e penalmente sanzionata – i quali impongono un bilanciamento con l'interesse del minore, eventualmente da realizzarsi attraverso strumenti alternativi alla trascrizione automatica, come l'adozione in casi particolari. Proprio in virtù di tali controinteressi, il riconoscimento diretto dello *status filiationis* è stato ritenuto non costituzionalmente dovuto.

Diversamente, nel caso della PMA eterologa, il riconoscimento della genitorialità intenzionale non solo non contrasta con alcun interesse pubblico, ma anzi si presenta come l'unico strumento adeguato a garantire la tutela piena ed effettiva dei diritti del minore.

In conclusione, l'affermata mancanza di un controinteresse da bilanciare, unita all'esigenza di garantire certezza e stabilità al minore sin dal momento della nascita, ha condotto la Corte a superare il precedente atteggiamento di mera sollecitazione al legislatore e a intervenire direttamente con una pronuncia di incostituzionalità.

Gli interventi giurisprudenziali sin qui esaminati mostrano chiaramente come la questione della maternità surrogata, pur attraversando nel tempo orientamenti interpretativi talvolta divergenti, abbia trovato nella centralità dell'interesse del minore e della gestante un punto di convergenza imprescindibile. La tensione tra il divieto assoluto della pratica, inteso come presidio dell'ordine pubblico e della dignità della persona, e l'esigenza di garantire una protezione effettiva e concreta al minore nato attraverso GPA, ha condotto la giurisprudenza – nazionale e sovranazionale – ad affermare la necessità di strumenti giuridici idonei a tutelare la dimensione affettiva e identitaria del bambino, senza legittimare automaticamente condotte vietate dall'ordinamento.

Tuttavia, nonostante il ruolo attivo della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e della Corte EDU nel sollecitare una risposta legislativa coerente e rispettosa dei diritti in gioco, ad oggi il legislatore non è ancora intervenuto sul tema della filiazione nei casi di surrogazione di maternità, lasciando alla prassi giurisprudenziale il compito di colmare le lacune normative.

È in questo contesto che si inserisce la recente riforma, l. n. 169 del 2024, che ha introdotto il principio di universalità del reato di GPA, estendendo la punibilità anche ai fatti commessi all'estero da cittadini italiani. Si tratta di un intervento che, pur non affrontando le delicate questioni connesse allo *status filiationis* dei minori nati da surrogazione, rappresenta un segnale politico e normativo forte sul piano repressivo.

2.3. Profili penalistici: la prospettata applicazione della fattispecie di falso di cui agli artt. 567, comma 2, c.p. e 495, comma 2, n. 1, c.p.

Dopo aver analizzato dettagliatamente i profili civilistici della questione e le pronunce giurisprudenziali in materia, è giunto il momento di verificare se le condotte volte al riconoscimento del rapporto di filiazione tra committenti e nato possano presentare profili di rilevanza penale.

Una prima ipotesi di reato è quella dell'alterazione di stato *ex art. 567, co. 2, c.p.*³⁷.

Tale disposizione punisce con la reclusione da tre a dieci anni chi, nella formazione dell'atto di nascita, altera lo stato civile del nato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità. La norma tutela il bene giuridico dello *status filiationis*, considerato elemento essenziale dell'identità personale e oggetto di particolare protezione da parte dell'ordinamento.

Nel caso della maternità surrogata, la trascrizione in Italia di un atto di nascita formato all'estero, in cui risultano come genitori i committenti e non la donna che ha partorito, potrebbe integrare gli estremi del reato in parola. Infatti, secondo l'ordinamento italiano *ex art. 269, co. 3, c.c.*, la madre è colei che partorisce, e la legge n. 40/2004 vieta espressamente il ricorso alla gestazione per altri, sanzionandolo penalmente³⁸.

La trascrizione di un atto che attribuisca la maternità alla committente e non alla gestante potrebbe dunque costituire un'alterazione dello stato civile del neonato, poiché attribuirebbe una filiazione diversa da quella che il nostro

³⁷ Sul punto DE ANGELIS, *Mater semper certa erat*, cit., 9ss.

³⁸ Per una concezione legata alla veridicità delle dichiarazioni solo se corrispondente a fatti storici si veda TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 7 s.

ordinamento riconoscerebbe come vera. In tal senso, l'iniziativa del privato che chiede la trascrizione di tale atto – se consapevole del contrasto con la verità giuridica italiana – potrebbe configurare non solo una condotta *contra legem*, ma addirittura un contributo attivo alla formazione di un atto pubblico contenente fatti giuridicamente falsi, in violazione dell'art. 567, co. 2, c.p.³⁹

A tale lettura si contrappongono però sia la dottrina maggioritaria che la giurisprudenza consolidate.

Infatti, gli elementi che costituiscono la fattispecie del reato di alterazione di stato non si riscontrano all'interno dei fatti avvenuti nel caso di specie. Il concetto di maternità, che in Italia è riconosciuto come appartenente solo alla madre gestante, è da ritenersi così valido nei limiti del territorio in cui la norma estende la propria efficacia e conseguentemente diverso dalla maternità considerata "veritiera" all'estero⁴⁰. I concetti di maternità non sono dati nell'oggettività fattuale, non sono descrittivi, ma normativi⁴¹, ossia caratterizzati da un'essenza normativa imprescindibilmente legata alla legge locale; in altri termini: dipendono dalle condizioni normative statali che stabiliscono i requisiti per la veridicità o falsità di quel determinato atto o documento.

Se l'atto in questione si forma in uno Stato diverso adottante norme differenti, non può pretendersi che la redazione di un atto avvenente in quello Stato, conformemente alle leggi dello stesso e quindi veritiero, debba dare vita a responsabilità di coloro i quali ne richiedono la trascrizione, per via del diverso approccio normativo adottato in Italia. Infatti, l'ufficiale dello stato civile straniero che redige l'atto di nascita è naturalmente vincolato dalla *lex loci*, non da quella italiana e conseguentemente redigerà l'unico atto possibile in conformità ad essa e

³⁹ In tal senso Trib. Brescia, 26/11/2013, in *Dir. pen. cont.*, 2014, «In caso di fecondazione eterologa e surrogazione di maternità all'estero (c.d. "utero in affitto"), si configura il reato di alterazione di stato previsto dall'art. 567, co. 2. c.p. qualora il neonato sia dichiarato figlio della donna che non ha partorito il bambino e che non ha con esso alcun legame genetico. Il reato sussiste anche se l'atto di nascita è stato formato all'estero (nel caso di specie Ucraina) e successivamente trascritto nei registri dello stato civile italiano se la legge del Paese dove il bambino è nato non consente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita in concreto praticate (ricorso sia alla donazione di ovocita sia alla surrogazione di maternità)»

⁴⁰ Così VALLINI, *La rana che voleva farsi bua e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *GenIUS*, 2023, 2, 164 ss.

⁴¹ In tal senso SPENA, *Una storia semplice?*, cit., 1560.

privo di qualunque falsità⁴². Accertata processualmente la conformità dell'atto alla normativa dello Stato in cui si è svolta la GPA, la richiesta della trascrizione dello stesso, se non si traduce in un'azione diversa dalla semplice sua consegna a pubblico ufficiale, non può integrare alterazione di stato, mancando qualsiasi dichiarazione ulteriore e integrante falsità⁴³.

Al contrario, è proprio la legge italiana a stabilire all'art. 15, d.P.R. 369/2000 la doverosa e non facoltativa procedura che deve essere seguita dai cittadini italiani per il riconoscimento dell'atto di nascita redatto all'estero⁴⁴. Che è, tra l'altro, stata riconosciuta come avente efficacia di sola pubblicità, non costitutiva, dello stato di figlio, già attestato all'estero⁴⁵.

In conclusione, può affermarsi la mancanza del fatto tipico in concreto senza che possa essere riconosciuta alcuna responsabilità penale né nei confronti dei richiedenti la trascrizione a proprio favore, né di eventuali concorrenti nella condotta⁴⁶.

Ciò posto occorre interrogarci sulla possibilità di integrare una seconda possibile figura di reato, ossia quella prevista dall'art. 495, comma 2, n. 1, c.p., che punisce la falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri, aggravata in quanto destinata a influire su atti dello Stato. L'ipotesi potrebbe astrattamente configurarsi nel momento in cui i committenti si presentino come genitori legittimi del nato, pur essendo consapevoli dell'incompatibilità di tale attribuzione con la normativa nazionale, omettendo o celando la reale modalità di nascita mediante surrogazione.

Tuttavia, questa ricostruzione non è condivisa da gran parte della dottrina e della giurisprudenza. Infatti, secondo gli artt. 15 e 17 del d.P.R. 369/2000, in caso

⁴² Così VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 7, 906.

⁴³ In questo senso si vedano Trib. Milano, 08/04/2014, in *Dir. pen. cont.*, 2014; Trib di Milano, 14/04/2014, *ibidem*; Trib di Varese, 08/10/2014 *ibidem*.

⁴⁴ Cfr. art. 15, d.P.R. 3/11/2000, n. 369 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile): «Le dichiarazioni di nascita [...] relative a cittadini italiani nati [...] all'estero [...] devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti [...]. In questi casi copia dell'atto è inviata senza indugio, a cura del di-chiarante, all'autorità diplomatica o consolare». Il successivo art. 17 prescrive che detta autorità tra-smetta quell'atto, ai fini della trascrizione, all'ufficiale dello stato civile italiano».

⁴⁵ Così Trib. Milano, 14/04/2014, cit. In argomento si veda TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana*, cit., 1422.

⁴⁶ Si veda VALLINI, *La schiava di Abramo*, cit., 906. ID, *Surrogazione di normatività*, cit., 226.

di nascita di cittadino italiano sul suolo straniero, copia dell'atto di nascita formato dalle autorità competenti dello Stato territoriale deve essere trasmessa "senza indugio" all'autorità consolare italiana, affinché quest'ultima provveda a inoltrarla all'ufficiale dello stato civile del comune italiano di residenza per la trascrizione. I genitori che seguono questa procedura non fanno altro che adeguarsi a un iter normativo previsto dal nostro ordinamento, avente rilievo pubblico⁴⁷.

La questione rilevante è se la semplice consegna di un atto di nascita, formato all'estero, all'autorità consolare italiana possa, costituire una "dichiarazione" o "attestazione" rilevante penalmente.

Ebbene, anche in questa prospettiva si impone una risposta negativa. Ammesso che tale invio possa qualificarsi nei termini di una dichiarazione su una qualità personale – ovvero il ruolo genitoriale – va comunque rilevato che l'atto di nascita è veritiero secondo la legge del Paese in cui è stato redatto, la quale rappresenta il parametro di riferimento anche per il nostro ordinamento, come confermato da costante giurisprudenza⁴⁸. L'atto attesta, infatti, che i committenti sono i genitori del nato secondo la normativa locale, e non contiene alcuna falsità⁴⁹.

Parimenti, non può parlarsi di falso per omissione⁵⁰, dovuto cioè al "non aver dichiarato" di non essere genitori naturali. Una tale ipotesi implicherebbe la violazione di un preciso obbligo giuridico di dichiarazione, che tuttavia non risulta sussistente nel caso in esame. Il silenzio, in altri termini, non equivale a un'affermazione mendace.

Diverso è il caso, tutt'altro che infrequente, in cui i committenti non si limitino alla presentazione dell'atto, ma si presentino attivamente come genitori naturali, o rilascino dichiarazioni false – spesso rispondendo a domande esplicite – pur se tali dichiarazioni non confluiscono nella documentazione ufficiale dello stato civile. In tali ipotesi, si potrebbe effettivamente profilare il reato di cui all'art. 495, comma 1, c.p., o in alternativa quello previsto dall'art. 496 c.p.

⁴⁷ Cfr. VALLINI, *La schiava di Abramo*, cit., 907 ss.

⁴⁸ V. Trib di Milano, 14/04/2014, cit.

⁴⁹ In argomento TRINCERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 438.

⁵⁰ Si veda PELISSERO, BARTOLI, *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2011, 391; SPENA, *Una storia semplice?*, cit., 1564 ss; in giurisprudenza Trib. Pisa, 01/04/2015, n. 687115, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2015, 4, 1543.

Secondo un'impostazione, adottata dalla nota sentenza del tribunale di Varese dell'8 aprile 2014⁵¹, queste dichiarazioni potrebbero considerarsi "innocue" e dunque non punibili, sul presupposto che, anche se l'ufficiale di stato civile fosse stato informato della verità, avrebbe comunque dovuto procedere alla trascrizione dell'atto, non risultando ostacoli rilevanti sotto il profilo dell'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18 d.P.R. 396/2000, in ossequio alla sentenza della Corte EDU nei casi *Mennesson e Labassee* che ha riscontrato, nel rifiuto di trascrizione ad opera dello Stato francese, la violazione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo della tutela della vita privata del minore⁵².

Tale posizione, però, si fonda su una presunzione che non può dirsi affatto pacifica: infatti, è lecito obiettare che la Corte sancisce, nel rispetto all'art. 8 il solo obbligo per gli Stati di riconoscere il rapporto genitoriale con il genitore biologico, non anche quello del solo genitore committente. E ancor di più resta arduo riferire a tale pronuncia ad oggi se si tiene in considerazione la sentenza 24 gennaio 2017 della Corte EDU nel caso *Campanelli c. Italia*, che è stata già ampiamente approfondita insieme alla giurisprudenza maggioritaria affermata in tema e che ha sancito il divieto di trascrizione dell'atto di nascita estero.

Compiendo un'analisi⁵³ che prescinde dal possibile contrasto con l'ordine pubblico della mancata trascrizione, è certo che queste dichiarazioni non rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 495, comma 2, n. 1, c.p., in quanto non sono destinate a confluire in atti dello stato civile, ma semmai a supportare attività

⁵¹ Cfr. Trib di Varese, 08/10/2014, cit., «In caso di fecondazione eterologa e surrogazione di maternità all'estero (c.d. "utero in affitto"), la condotta di chi rende dichiarazioni mendaci sull'identità, lo stato o altre qualità del minore, al momento della richiesta di trascrizione del certificato di nascita nei registri dello stato civile italiano, non configura il delitto di falsa attestazione o dichiarazione a pubblico ufficiale su qualità personali previsto dall'art. 495, co. 2, c.p., perché tale condotta non può cagionare alcun nocumento al bene giuridico tutelato dalla norma penale. Infatti, a seguito delle pronunce della Corte EDU nei casi *Mennesson e Labassee*, lo Stato non può negare il riconoscimento al rapporto di parentela, validamente formatosi in un Paese straniero, tra l'uomo e la donna che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata e il bambino nato dalla donna che ha messo a disposizione il proprio utero per la gravidanza, perché ciò costituirebbe una lesione intollerabile all'identità del minore; e lo Stato non ha d'altra parte introdotto alcun obbligo per i genitori che hanno fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata di segnalare tale circostanza alle autorità nazionali perché non è prevista alcuna disciplina finalizzata alla conservazione delle informazioni concernenti i rapporti biologici tra genitori e figli». In dottrina si veda TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero*, cit., 427 ss.; ID, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana*, cit., 1424.

⁵² Si veda *supra*, cap. II, par. 2.1.

⁵³ In argomento si veda ampiamente SPENA, *Una storia semplice?*, cit., 1566 ss.

istruttorie dell'autorità consolare in funzione di polizia giudiziaria, ai sensi dell'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 71/2011. Tali dichiarazioni potrebbero essere penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 495, comma 1 c.p., che punisce in via generale la falsa attestazione o dichiarazione sull'identità o su altre qualità personali, a prescindere dalla loro recezione in atti pubblici. E anche considerando l'orientamento dominante secondo cui solo le dichiarazioni collegate a un'attività di documentazione del pubblico ufficiale sono penalmente rilevanti, vi è comunque spazio per l'applicazione dell'art. 496 c.p., che incrimina la falsa dichiarazione resa in risposta a un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni.

Invero, dal 2008 il testo dell'art. 495 c.p. non richiede più che la dichiarazione falsa venga recepita in un atto pubblico, e la fattispecie appare oggi orientata a tutelare il buon andamento dell'attività amministrativa più che la fede pubblica. Infatti, in ossequio a quanto affermato dal Tribunale di Milano con sentenza dell'8 aprile 2014, l'affermazione falsa di essere genitori naturali sottrae all'autorità italiana un'informazione potenzialmente decisiva per valutare la sussistenza o meno di profili di contrasto con l'ordine pubblico, compromettendo il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa. Ciò basta a configurare quel pericolo per l'interesse protetto che caratterizza il reato in parola⁵⁴.

Resta, infine, da affrontare il problema del *locus commissi delicti*, posto che molte di queste dichiarazioni avvengono all'estero. La circostanza che esse incidano su un procedimento destinato a concludersi in Italia non è sufficiente a fondare la giurisdizione italiana, dal momento che l'art. 495 c.p. non richiede più che le dichiarazioni siano recepite in un atto pubblico. La dichiarazione, in quanto tale, si esaurisce nel momento e nel luogo in cui viene resa, e non è rilevante che la sua influenza si estenda a un procedimento amministrativo interno⁵⁵.

La giurisprudenza tende a considerare tipiche solo le dichiarazioni destinate a incidere su attività documentarie da parte del pubblico ufficiale⁵⁶. Tuttavia, tale orientamento ha una funzione selettiva delle dichiarazioni penalmente rilevanti, non può spingersi fino a introdurre un elemento costitutivo estraneo alla fattispecie legale, quale l'effettiva ricezione in un documento pubblico. Se si accoglie la tesi

⁵⁴ V. PELISSERO, BARTOLI, *Reati contro la fede pubblica*, cit., 387 ss.

⁵⁵ Cfr. Trib. Pisa, 01/04/2015, n. 687115, cit.

⁵⁶ In argomento PELISSERO, BARTOLI, *Reati contro la fede pubblica*, cit., 388 s.

secondo cui solo le dichiarazioni immediatamente recepite in un documento sono penalmente rilevanti, ne deriva che l'unico momento potenzialmente tipico sarebbe quello in cui il funzionario consolare straniero verbalizza la dichiarazione, restando invece fuori dalla tipicità eventuali documenti successivi, come quelli redatti dall'ufficiale dello stato civile italiano⁵⁷.

In definitiva, se il reato di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali si consuma integralmente all'estero ed è assente una richiesta del Ministro ex art. 9, comma 2, c.p., non è perseguibile secondo la legge italiana.

Quanto esposto in merito alle presenti ipotesi di reato trova diretto riscontro nella sentenza della Cassazione penale, n. 13525/2016⁵⁸, che ha escluso la configurabilità di una serie di reati, tra cui agli artt. 567 c.p. e 495 c.p., in un caso riguardante una coppia italiana che aveva fatto ricorso alla maternità surrogata in Ucraina. Nel caso di specie, il minore era nato da un ovulo di donatrice anonima e dagli spermatozoi del padre intenzionale, inoltre la madre surrogata aveva rilasciato regolare dichiarazione di nascita presso le autorità locali, che avevano redatto un atto di nascita conforme alla normativa ucraina, indicando come genitori i committenti italiani.

La pronuncia verrà ampiamente approfondita di seguito nella trattazione dei profili cui all'art. 5 c.p., ma in riferimento all'oggetto dell'attuale disamina la Corte ha confermato l'assoluzione pronunciata dal GIP secondo cui il fatto non sussisteva e non costituiva ipotesi di reato, evidenziando come gli imputati non avessero fornito dichiarazioni false né dolosamente alterato alcunché, limitandosi a richiedere la trascrizione di un atto redatto da un'autorità estera legittimamente e secondo le regole del Paese di formazione. Secondo i giudici di legittimità, non è sufficiente, ai fini della configurabilità del reato, che il contenuto dell'atto sia in contrasto con l'ordinamento italiano, in quanto manca un elemento essenziale della fattispecie, ovvero la condotta attiva di alterazione posta in essere dall'imputato nella fase di formazione dell'atto.

La Corte ha inoltre sottolineato come l'atto di nascita era già stato formato all'estero e la trascrizione in Italia si era limitata a recepirne il contenuto. Non

⁵⁷ Si veda VALLINI, *La schiava di Abramo*, cit., 908.

⁵⁸ V. Cass. Pen., Sez. V, 10/03/2016, n. 13525, in *DeJure*.

essendovi stata alcuna falsificazione materiale o ideologica, né dichiarazioni mendaci da parte dei soggetti coinvolti, non può configurarsi il delitto né ai sensi dell'art. 567 c.p. né dell'art. 495 c.p.⁵⁹.

Tale pronuncia si inserisce in un filone giuridico che cerca di evitare, per così dire, che “le colpe dei padri ricadano sui figli”⁶⁰, e ridimensiona fortemente il rischio penale legato alla sola trascrizione, evidenziando la necessità di distinguere la formazione dell'atto contenente falsità, che rileva penalmente, dalla mera trasposizione formale di un atto straniero già perfezionato, che non integra di per sé una condotta sanzionabile né ai sensi dell'art. 567 c.p., né dell'art. 495 c.p.⁶¹.

A tale orientamento si ricollega anche la successiva sentenza della Cassazione penale, Sez. VI, 17 novembre 2016, n. 48696, relativa a un caso analogo, in cui veniva contestata a una coppia italiana la commissione del reato di alterazione di stato *ex art. 567*, comma 2, c.p., per aver richiesto la trascrizione di certificati di nascita redatti in Ucraina a seguito di maternità surrogata eterologa. Anche in tale vicenda, i certificati indicavano come madre la committente italiana, sebbene non vi fosse alcun legame genetico né gestazionale tra la stessa e i minori, concepiti tramite ovodonazione e partoriti da una gestante ucraina.

La Corte ha tuttavia confermato l'assoluzione pronunciata nei precedenti gradi di giudizio, ribadendo che la mera richiesta di trascrizione di un atto legittimamente formato secondo la *lex loci* – ossia conforme alla normativa ucraina, che ammette la GPA qualora sussista almeno un legame genetico con uno dei committenti – non può integrare gli estremi del reato di alterazione di stato⁶².

I giudici di legittimità hanno sottolineato come l'art. 567, comma 2, c.p., presupponga una condotta attiva e dolosa di falsificazione nella fase di formazione dell'atto, che nel caso di specie non è ravvisabile.

⁵⁹ La Corte afferma dunque il seguente principio di diritto «Al fine di ritenere configurabile il delitto di alterazione di stato, la condotta deve comportare un'alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita; ne discende che il reato di cui all'art. 567 c.p. non è configurabile in relazione alle false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di un minore nato da una procedura estera di maternità surrogata, rese quando l'atto di nascita è già stato formato dall'autorità amministrativa estera alla stregua della normativa nella quale doverosamente è stato redatto».

⁶⁰ Cfr. DE ANGELIS, *Mater semper certa erat*, cit., 9.

⁶¹ Sul tema SPENA, *Una storia semplice?*, cit., 1559 ss.; TOFFOLI, *Delitto di alterazione di stato civile di un minore nato da maternità surrogata all'estero*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 5.

⁶² V. Cass. pen., Sez. VI, 17/11/2016, n. 48696, in *DeJure*; sul tema si veda ampiamente INSARDÀ, *Fecondazione eterologa all'estero: nessun reato per la madre sociale che registra il certificato*. Cassazione penale, sez. VI, sentenza 17/11/2016 n° 48696, in *Atalex*, 2017.

Di rilievo è anche il passaggio in cui la Corte richiama l'evoluzione giurisprudenziale e costituzionale in tema di filiazione e genitorialità: viene infatti evidenziato come, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014, il dato genetico non costituisca più elemento essenziale ai fini della configurazione della relazione familiare. Viene così riconosciuto un valore autonomo al legame giuridico-sociale che si instaura tra i membri della famiglia, anche in assenza di legami biologici, coerentemente con i più recenti approdi della giurisprudenza europea.

Infine, la Corte ha ribadito che la trascrizione prevista dagli artt. 15 e 17 del d.P.R. 396/2000 costituisce un'attività vincolata e non discrezionale, che comporta la ricezione di un atto validamente formato all'estero senza la possibilità di modificare il contenuto dell'atto stesso. In assenza di un intervento manipolativo da parte dei richiedenti, dunque, non può parlarsi né di alterazione dello stato civile né di dichiarazioni false penalmente rilevanti, rafforzando un principio di non punibilità in presenza di mera trascrizione passiva di atti esteri leciti secondo la legge del luogo di formazione.

Nella medesima direzione e con analoghe argomentazioni muove, infine, la Cassazione penale nella sentenza 31409/2020⁶³.

In conclusione, la conformità alla normativa estera del luogo in cui è stato redatto l'atto, la natura territoriale della normativa italiana in materia, la doverosa richiesta di trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero e l'assenza di false dichiarazioni o modificazioni dello stesso, portano a concludere che non si configurano le condotte delittuose descritte dai reati in esame.

3. Una repressione penale “diretta” e “universale” ai sensi dell’art. 12, co. 6, l. n. 40/2004? La situazione anteriore alla riforma.

Conclusa l'analisi delle modalità “indirette” di repressione della condotta tenuta dai cittadini italiani all'estero, attraverso l'attribuzione di rilevanza al momento successivo rispetto alla consumazione del reato, ossia la trascrizione, è necessaria, ora, l'approfondita disamina della repressione “diretta” del fenomeno, attraverso

⁶³ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 10/11/2020, n. 31409, in *DeJure*; in argomento CIANCIOLO, *La surrogazione di maternità ed il reato di alterazione di stato. Nota a Cass. pen., Sez. VI, Sent., 10 novembre 2020, n. 31409*, in *Osservatoriofamiglia.it*, 2020.

l'applicazione della disposizione incriminatrice all'estero. L'attenta analisi della disciplina generalmente vigente riguardo l'applicazione della legge penale all'estero e la sua estensione alla fattispecie di surrogazione di maternità permetterà di comprendere, unitamente a quanto già ampiamente esposto, le ragioni che hanno indotto il legislatore alla riforma.

3.1. L'applicazione della legge penale nello spazio e il regime di punibilità in caso di reato commesso all'estero.

La portata innovativa, dirompente e critica della modifica normativa disposta all'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004, ex art. 1, l. n. 169/2024, può essere compresa solo in seguito alla dettagliata analisi delle norme del codice penale che regolano l'applicazione della legge penale nello spazio, la comprensione di concetti chiave, quali quelli di “doppia incriminazione” e “reato universale” e lo studio della giurisprudenza che si è pronunciata in materia di giurisdizione.

I principi che guidano le diverse scelte statuali in tema di efficacia spaziale della legge penale sono pacificamente quattro⁶⁴: quello di universalità o extraterritorialità assoluta, secondo cui l'efficacia della legge penale si estende a tutti i reati ovunque commessi, ossia a chiunque e contro chiunque sia commesso il fatto; il principio, di segno diametralmente opposto, di territorialità, in base al quale la legge penale si applica nei limiti dei confini territoriali dello Stato e quindi solo a coloro i quali compiono il fatto nello Stato; il criterio della personalità attiva o personalità del reo, che determina si applichi la legge dello Stato cui appartiene l'autore del reato; e in ultimo il principio della difesa, declinabile sia nei termini di difesa degli interessi dello Stato che di personalità passiva, nel primo caso si applicherà la legge dello Stato i cui interessi sono offesi, nel secondo quello dello Stato cui appartiene la vittima del reato⁶⁵.

⁶⁴ In argomento si veda approfonditamente GALLO, *Appunti di diritto penale, la legge penale*, vol. n. I, Torino, 1999, 161 s.; DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, in FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO (a cura di), *Itinerari di diritto penale*, Torino, 2006, 24 ss.

⁶⁵ In senso contrario si veda la minoritaria posizione di PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, 143 s. e DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. n. I, Torino, 2004, 325 s. secondo cui sussistono solo due principi contrapposti in materia, quello di universalità – per cui le fattispecie penali non hanno limiti spaziali – e quello di territorialità – in base al quale tutte le fattispecie di un dato ordinamento contengono intrinsecamente limiti spaziali; pertanto se commessi fuori dal confine

Nessuno Stato aderisce ad uno solo di essi, ma li combina, scegliendo un “principio-base” e temperandolo con l’adozione degli altri⁶⁶.

Per determinare quale sia l’orientamento italiano bisogna addentrarsi nelle diverse e risalenti posizioni dottrinali. Vi è chi⁶⁷ adotta un criterio quantitativo sostenendo che l’Italia aderisce dichiaratamente al principio di territorialità, apportandovi però modifiche sostanziali tali da tendere in realtà alla universalità. Orientamento, questo, che è contrastato da coloro⁶⁸ i quali mettono in discussione tale lettura sia da un punto di vista dogmatico che sistematico. *In primis*, sostengono che non sussista adesione al principio di universalità e che le eccezioni alla territorialità sarebbero da ricondurre all’adesione ai differenti principi, sopra esposti, di difesa e personalità e alle esigenze di collaborazione internazionale tra Stati; e, *in secundis*, da un punto di vista sistematico – oltre a sottolineare che la maggior parte dei casi di applicazione della legge penale siano quelli relativi a reati compiuti all’interno dello Stato e non all’esterno di esso – evidenziano l’esigenza del rispetto della tecnica espositiva utilizzata dal legislatore, il quale privilegia la territorialità, ponendone la trattazione all’art. 6 c.p., primo degli articoli sull’efficacia spaziale della legge penale.

Passando dal piano dell’astratta valutazione dei principi prevalenti a quello della concreta analisi delle disposizioni codicistiche italiane in materia, tali diversi orientamenti si riflettono sull’interpretazione della *ratio* dell’art. 6 c.p.⁶⁹. Coloro⁷⁰ i quali aderiscono al criterio della territorialità temperata, ritengono l’art. 6 sia una

territoriale non costituiscono reato pur se integrano in tutti gli altri elementi della fattispecie incriminatrice.

⁶⁶ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2002, 935 ss.

⁶⁷ Sul tema DEAN, *Norme penali e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963, 37; GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., 169; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., Milano, 2001, 297 s.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 936.

⁶⁸ V. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 145; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, Milano, 2023.

⁶⁹ V. art. 6, R.D. n. 1398 del 1930 (c.p.), *Reati ommessi nel territorio dello stato*, «Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana.

Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione».

⁷⁰ Si veda PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. Giur.*, vol. n. XXIII, 1973, 1055; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. n. I, 3^a ed., Milano, 2004; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 9^a ed., Bologna, 2024.

replica dell'art. 3⁷¹, essendo entrambe norme di estrinsecazione del principio di obbligatorietà della legge penale in relazione ai fatti commessi nel territorio statale, distinguendosi, quest'ultima disposizione, per il sol fatto di riferirsi ai soggetti. Invece, coloro i quali sostengono il legislatore abbia accolto il principio dell'universalità temperata, ritengono la norma abbia il fine specifico di determinare la giurisdizione italiana per i fatti commessi nei confini statali, lasciando la disciplina dei fatti commessi all'estero ad altre disposizioni e differenziandosi dall'art. 3 che avrebbe, invece, la funzione di affermare l'universalità della legge penale italiana⁷².

Il secondo comma della disposizione individua quelli che sono i criteri di collegamento tra il reato e il territorio ed è funzionale alla determinazione del *locus commissi delicti* per i fatti con elementi di estraneità, cioè in parte commessi all'estero. Il legislatore italiano ha aderito alla teoria dell'ubiquità che, coniugando e combinando la teoria della condotta e la teoria dell'evento, determina sia applicabile la legge penale italiana al reato che si considera commesso nel territorio dello Stato sia se nei confini si compia l'azione, sia che si verifichi l'evento⁷³. Tale criterio, di per sé di maggiore ampiezza, è ulteriormente allargato dalla precisazione contenuta nel dispositivo che si riferisce anche a "parte" dell'azione e dell'evento. In merito la tesi più restrittiva⁷⁴ sostiene che perché possa ritenersi compiuta nel territorio, l'azione debba almeno essere idonea a realizzare in modo univoco il fatto di reato, e quindi si configuri nella forma del tentativo punibile. In realtà a tale lettura si è obiettato, ritenendo che la fattispecie del tentativo trovi la sua ragion d'essere nella mancata realizzazione del reato, che invece, nel caso di specie, pur

⁷¹ V. art. 3 c.p., *Obbligatorietà della legge penale*, «La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale».

La legge penale italiana obbliga altresì tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano all'estero, ma limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale».

⁷² In tal senso LEVI, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949, 20; DEAN, *Norme penali e territorio*, cit., 59; TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1973, 6.

⁷³ Così DOLCINI, GATTA, *Codice penale commentato*, vol. n. I, 5ª ed., Milano, 2021, 215 s.

⁷⁴ V. PANNAIN, *Nozione di reato commesso nel territorio dello stato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1935, 208; CARBONI, *Brevi note sul concetto di "azione" di cui al cpv. dell'art. 6 c.p. ed applicazioni in tema di bigamia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1965, 118 ss.

se all'estero, si è compiuto⁷⁵. Pertanto, il criterio decisivo per la determinazione della parte di azione rilevante è quello della prognosi postuma e in concreto, guardando all'apporto causale della condotta, anche di un frammento di essa (da intendersi quale «semplice movimento corporeo dell'uomo in grado di modificare il mondo esteriore» e non come parte dell'azione nella sua veste “legale”), compiuta in Italia rispetto alla verifica del reato realizzato all'estero⁷⁶. Secondo la dottrina prevalente, all'evento, invece, non può estendersi la medesima parcellizzazione che è compiuta dell'azione, poiché lo stesso, per sua necessaria unità, può sol così verificarsi⁷⁷ ed è da considerarsi nella sua accezione naturalistica e non giuridica, essendo la “conseguenza” della condotta⁷⁸.

Analizzata dettagliatamente tale disposizione normativa è chiaro che nessun problema sorge o sorgeva anche prima della riforma, per l'applicazione della legge italiana nell'ipotesi in cui la surrogazione di maternità avvenga anche solo in parte in Italia. Aderendosi alla tesi prevalente sopra esposta anche nell'ipotesi in cui la coppia di committenti stipuli un contratto con un centro estero ai fini di surrogazione determina l'applicazione della legge penale italiana, costituendo questo un frammento della condotta causalmente necessario alla realizzazione del reato poi conclusosi all'estero⁷⁹.

La questione davvero rilevante si pone in riferimento alle condotte interamente compiute all'estero, rispetto alle quali è necessario analizzare dapprima la disciplina generale vigente nel nostro ordinamento giuridico e le relative implicazioni e successivamente soffermare l'attenzione sulla riforma e gli effetti della stessa nel panorama attuale; antecedentemente alla quale, in mancanza di una specifica disposizione normativa, l'unico modo per rendere applicabile la legge italiana in ipotesi di maternità surrogata interamente compiuta all'estero da cittadini italiani, era la sussunzione della fattispecie nell'art. 9, co. 2, c.p.⁸⁰ Tale disposizione

⁷⁵ Sul tema DEAN, *Norme penali e territorio*, cit., 236 ss.; TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., 206 ss.

⁷⁶ Cfr. PADOVANI, *Codice penale*, tom. I, 7^a ed., Milano, 2019, 69 s.

⁷⁷ Si veda DEAN, *Norme penali e territorio*, cit., 242.

⁷⁸ Sul tema SINISCALCO, *Locus commissi delicti*, in *Enc.dir.*, Milano, 1974, 1051.

⁷⁹ In argomento DI NINO, *Verso un diritto penale onnipresente*, cit., 106.

⁸⁰ V. art. 9 c.p., *Delitto comune del cittadino all'estero*, «Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato.

prevede la punibilità del cittadino che commette un reato comune all'estero (a differenza dell'art. 8⁸¹ che si occupa degli specifici delitti politici commessi all'estero), distinguendo tra le ipotesi in cui si applica direttamente la legge italiana a condizione che il soggetto si trovi nel territorio dello Stato e le ipotesi in cui sia necessaria la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o querela della persona offesa.

Secondo parte della dottrina⁸² si ritroverebbe, nella disposizione citata, il principio della personalità attiva, in quanto è il cittadino che commette il reato ed è, pertanto, soggetto alla legge statale; secondo altro orientamento⁸³, invece, si riscontrerebbero i principi di difesa o di universalità. La norma, basandosi su quest'ultimo principio, deroga al principio della territorialità e stabilisce i limiti per la punibilità del reato interamente commesso all'estero. Le condizioni di procedibilità definite dalla norma consistono nella presenza sul territorio dello Stato del reo (che deve sussistere al momento dell'esercizio dell'azione penale, essendo irrilevante l'eventuale successiva assenza dello stesso e che, secondo una lettura che tende ad ampliare l'ambito di punibilità, è integrata anche dalla presenza successiva al momento dell'esercizio dell'azione penale, ma antecedente alla sentenza di primo grado); la richiesta del Ministro della giustizia (che deve essere sottoscritta dal Ministro o da altro membro della medesima amministrazione munito

Se si tratta di delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia, ovvero a istanza o a querela della persona offesa.

Nei casi previsti dalle disposizioni precedenti, qualora si tratti di delitto commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia, sempre che l'extradizione di lui non sia stata concessa, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto.

Nei casi previsti dalle disposizioni precedenti, la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non sono necessarie per i delitti previsti dagli articoli 320, 321, 346-bis, 648 e 648-ter.1».

⁸¹ V. art. 8, R.D. n. 1398 del 1930 (c.p.), *Diritto politico commesso all'estero*, «Il cittadino o lo straniero, che commette in territorio estero un delitto politico non compreso tra quelli indicati nel numero 1° dell'articolo precedente, è punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro della giustizia.

Se si tratta di delitto punibile a querela della persona offesa, occorre, oltre tale richiesta, anche la querela.

Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici».

⁸² In argomento PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, cit.,1060, ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 125.

⁸³ Sul tema MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit.,152.

di delega ministeriale)⁸⁴, nelle ipotesi cui ai co. 2 e 3; la querela o istanza della persona offesa nelle ipotesi cui al co. 2 e la mancata estradizione del reo. Le presenti condizioni devono avverarsi entro tre anni dalla commissione del fatto di reato, termine quest'ultimo che viene preferito dalla dottrina al più breve termine di tre mesi, *ex art.* 128, co. 1, che riguarderebbe solo i reati commessi nello Stato⁸⁵.

L'individuazione delle fattispecie di reato rilevanti per l'applicazione dell'art. 9 si determina in base alla pena edittale prevista per il delitto consumato o tentato, tenendo conto delle aggravanti. Per la diretta applicazione della legge penale italiana al cittadino che ha commesso il reato all'estero, *ex art.* 9, co. 1, è richiesta la sola presenza del reo nello Stato e le fattispecie che vi rientrano sono quelle in cui il delitto commesso all'estero sia punito dalla legge italiana con la pena di morte⁸⁶, l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Per i delitti, puniti invece con la reclusione nel minimo inferiore a tre anni, così come accade per la surrogazione di maternità *ex art.* 12, co. 6, l. n. 40/2004, oltre ad essere anche qui necessaria la presenza del reo nel territorio dello Stato (condizione implicitamente deducibile dal fatto che i reati in esame sono meno gravi rispetto ai precedenti), è necessaria la richiesta del Ministro o la querela della persona offesa, atti che non devono essere compresenti; a differenza di quanto accade, invece, per l'istanza che consente la perseguibilità per i soli delitti procedibili d'ufficio che non ledano interessi esclusivi dello Stato, per i quali è altrimenti necessaria la richiesta del Ministro.

Da tale esposizione sembrerebbe immediato ritenere che il reato di surrogazione di maternità, antecedentemente alla riforma, sarebbe rientrato quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 9, co. 2, c.p., ma la questione merita di essere approfondita.

Innanzitutto, per chi avesse accolto la concezione del reato di surrogazione di maternità quale reato monosoggettivo proprio⁸⁷, oltre a restare prive di incriminazione le condotte poste in essere dai genitori committenti italiani e dai

⁸⁴ L'atto è inoltre soggetto a sindacato del giudice amministrativo non rientrando tra gli atti propriamente di indirizzo politico.

⁸⁵ Sul tema DEAN, *Norme penali e territorio*, cit., 326.; TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., 158.

⁸⁶ Ormai abolita nel nostro ordinamento e sostituita dall'ergastolo.

⁸⁷ In tema si veda approfonditamente *supra*, cap.II, par. 4.1.

medici italiani intervenuti eventualmente, non sarebbero risultati punibili neanche i medici stranieri *ex art. 10 c.p.*, data l'assenza del requisito della pena edittale minima pari ad un anno ⁸⁸. Per coloro i quali avessero adottato, invece, la concezione del reato plurisoggettivo, sarebbe restata esclusa la punibilità dei soggetti stranieri coinvolti in mancanza del minimo edittale richiesto per l'applicazione dell'*art. 10 c.p.*, e sarebbe stata eventualmente punibile la condotta dei soggetti italiani coinvolti, su richiesta del Ministro della giustizia, a condizione che fossero presenti nel territorio dello stato *ex art. 9, co. 2, c.p.* La questione principale che si poneva in materia, in tale ipotesi, e che ancora si pone, è relativa alla necessità o meno del principio della doppia incriminazione.

3.2. Il principio della doppia incriminazione.

Il principio della doppia incriminazione esprime la necessità che un fatto sia considerato reato sia dalla legge dello Stato in cui è stato commesso, sia dall'ordinamento italiano, affinché possa darsi luogo alla punibilità del soggetto in Italia. Tale principio si colloca in un'area di confine tra diritto interno e diritto internazionale, e solleva delicati interrogativi sul legittimo esercizio della potestà punitiva dello Stato al di fuori dei propri confini.

Nonostante sia certa la necessità della doppia incriminazione nell'ipotesi prevista al co. 3 dell'*art. 9*, in quanto trattasi di estradizione, vi è acceso dibattito tra chi ritiene e chi è di opinione contraria, che il citato principio debba applicarsi a tutti i casi previsti dall'*art. 9* e anche dall'*art. 10*.

⁸⁸ V. *art. 10, c.p., Delitto comune dello straniero all'estero*, «Lo straniero, che, fuori dei casi indicati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del Ministro della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa.

Se il delitto è commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro della giustizia, sempre che:

1° si trovi nel territorio dello Stato;

2° si tratti di delitto per il quale è stabilita la pena di morte o dell'ergastolo, ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni;

3° l'extradizione di lui non sia stata concessuta, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto, o da quello dello Stato a cui egli appartiene.

La richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non sono necessarie per i delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis».

A coloro i quali ritengono si applichi il principio della doppia incriminazione in quanto richiamato dall'art. 13 che disciplina l'estradizione, è obbiettato che la *ratio* di quest'ultima disposizione è differente e non può estendersi agli artt. 9 e 10 c.p.⁸⁹.

Vi è chi, invece, a sostegno di tale teoria riferisce la Relazione al progetto definitivo del Codice, la quale prevede che «occorre che il fatto costituisca reato secondo la legge del luogo in cui fu commesso»⁹⁰, ma a cui potrebbe obbiettarsi che proprio la mancata trasposizione di tale assunto nel codice sia dimostrazione di una diversa visione fatta propria dal legislatore nella versione definitiva del codice penale.

Aldilà delle discussioni che tentano di risolvere il dibattito riferendosi a criteri ermeneutici di carattere sistematico, merita di essere verificata la possibile base costituzionale del principio in esame.

A tal fine sono stati adottati i principi di legalità e colpevolezza, in base ai quali non può pretendersi che il cittadino italiano che si trovi all'estero debba tener conto, nelle proprie condotte, delle leggi dello Stato italiano che incriminano un fatto, non costituente reato nello Stato in cui, invece, si torva e della cui legge deve tener conto⁹¹. Il richiamo al principio di legalità è, però, contestato⁹² da coloro i quali sottolineano che lo stesso impone che la sanzione penale sia contenuta in una norma di legge esplicita, chiara, determinata e non retroattiva, senza riferimento alcuno alla doppia incriminazione. Il principio di legalità nel caso di specie è rispettato dalle disposizioni cui agli artt. 7 ss. c.p. che disciplinano la materia. La visione che privilegia il principio di legalità, però, a sua volta, non lo fa nella sua pura accezione, ma lo considera quale corollario del principio di colpevolezza⁹³, nei

⁸⁹ Tali orientamenti sono messi in luce in TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., 172; TRINCERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana*, cit., 1409.

⁹⁰ Si veda *Lav. prep. cod. pen. e cod. proc. pen.*, V, I, 1929, 36, citati in DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., 246; argomentazioni proposte anche in TRINCERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana*, cit., 1408 s.

⁹¹ Sul tema CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1962, 973; GALLO, *La legge penale*, Torino, 1967, 89 ss; TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., 174 s.

⁹² V. PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, cit., 1060; SPENA, *Una storia semplice?*, cit., 1552 s.; TRINCERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana*, cit., 1409 s.

⁹³ In tal senso DOLCINI, *Surrogazione di maternità all'estero*, cit., 82; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 137; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*

termini della conoscenza o conoscibilità della legge penale. Tale dottrina ritiene che un soggetto non potrebbe, se non in violazione di tali principi, liberamente orientare la propria condotta, laddove, trovandosi all'estero, non fosse in grado di conoscere la legge penale italiana pur utilizzando la diligenza dovuta. Al presente orientamento, si obietta⁹⁴ che tale principio nella sua considerazione casistica può determinare la non colpevolezza del soggetto, ma non ne esclude in modo attratto la responsabilità. Infatti, pur in presenza della doppia incriminazione, sarebbe comunque esclusa la responsabilità penale *ex art. 5 c.p.*, in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale n. 364, del 24 marzo 1988⁹⁵, laddove fosse provata una condizione di incolpevole ignoranza o di errore inevitabile in merito al contenuto della norma penale italiana; mentre, anche in assenza del principio della doppia incriminazione, se il cittadino italiano, conoscendo l'illiceità della propria condotta in base all'ordinamento italiano, si rechi all'estero per il compimento della stessa, con il fine di eludere la normativa statale, dovrà essere punito, proprio in base ai principi di legalità e colpevolezza. In ultimo, l'utilizzo di tali principi ai fini dell'argomentazione a sostegno della necessità della doppia incriminazione non spiega il perchè lo stesso principio non sia altrettanto necessario negli artt. 7 e 8 c.p., di simile contenuto dispositivo, che escludono espressamente tale condizione.

Alcuni autorevoli orientamenti dottrinali⁹⁶ sostengono che la condizione della doppia incriminazione si configuri come una autolimitazione volontaria della potestà punitiva italiana, finalizzata a garantire una pratica effettiva e coerente dell'azione penale in contesti transnazionali. Secondo questa tesi, infatti, qualora si ammettesse una giurisdizione penale italiana su condotte non punibili nello Stato di commissione, si esporrebbe il giudice italiano a un'attività pressoché inefficace, per via della inevitabile mancanza di collaborazione da parte dello Stato estero, tanto

cit., 164; PASCULLI, *Osservazioni in tema di extraterritorialità della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, 2023.

⁹⁴ In questi termini SPENA, *Una storia semplice?*, cit., 1554 s.

⁹⁵ Cfr. Corte Cost., 24/03/1988, n. 364, in *cortecostituizionale.it*. Con cui la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 5 c.p. «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile».

⁹⁶ In questo senso DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 282; TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana*, cit., 1413; 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 *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2021, 2, 5 s.

nella fase investigativa quanto in quella processuale. Proprio in virtù di tale esigenza pratica, la doppia incriminazione è considerata un principio generale, riconosciuto dalla maggior parte degli ordinamenti, e riflette un'aspettativa sociale radicata, che non può essere ignorata dal legislatore. Si tratterebbe, dunque, di un principio immanente, che presuppone il reciproco rispetto tra Stati nel riconoscimento delle rispettive sfere di punibilità. Esattamente come si pretende che chiunque si trovi in Italia si conformi alla legge italiana – anche a costo di astenersi da condotte lecite altrove –, per simmetria si riconosce che un cittadino italiano all'estero debba poter agire conformemente alla *lex loci*, senza essere sottoposto al rischio di una futura incriminazione “a sorpresa” in Italia.

L'idea di uno Stato italiano dotato di una potestà punitiva illimitata ed extraterritoriale, che ignori le differenze tra ordinamenti e applichi la propria legge penale anche fuori dai confini, viene infatti considerata una concezione autoritaria e totalitaria, propria del contesto storico-politico in cui fu emanato il codice Rocco, ma oggi incompatibile con i principi di uno Stato democratico. La necessità della doppia incriminazione per fatti commessi all'estero, secondo questa impostazione, non ha natura costituzionale, ma risponde a ragioni di logica giuridica, pragmatismo processuale e rispetto delle relazioni internazionali. È proprio per questo che il legislatore italiano ha potuto derogare legittimamente a tale principio nei casi previsti dagli artt. 7 e 8 c.p., in cui l'interesse pubblico (statuale o internazionale) alla repressione del fatto è ritenuto superiore e meritevole di tutela incondizionata⁹⁷.

In questo contesto, anche il tentativo di fondare la necessità della doppia incriminazione sul rispetto del principio di offensività non è considerato attendibile. Secondo questa prospettiva critica⁹⁸, una tale impostazione condurrebbe a risultati paradossali: si dovrebbe ritenere rispettato il principio di offensività ogni qualvolta ricorra la doppia incriminazione del fatto e, per converso, violato qualora essa manchi, con la conseguente inapplicabilità delle norme incriminatrici nazionali in assenza di corrispondenti disposizioni straniere. Inoltre, si rischierebbe di assorbire la verifica dell'offensività in una mera constatazione della duplice punibilità,

⁹⁷ Per un approfondimento sul dibattito si consulti DI NINO, *Verso un diritto penale onnipotente*, cit., 105 ss.

⁹⁸ Si veda in questo senso TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 14 s.

perdendo di vista l'effettiva lesione del bene giuridico protetto. Ancora più problematico risulterebbe il fatto che la doppia incriminazione non garantisce affatto la coincidenza dei beni giuridici tutelati nei diversi ordinamenti, giacché la medesima condotta potrebbe essere incriminata per finalità e valori del tutto eterogenei.

Un diverso tentativo di fondamento della doppia incriminazione è stato individuato nel principio costituzionale della funzione rieducativa della pena, sancito dall'art. 27, co. 3, Cost., secondo cui l'intervento sanzionatorio statale dovrebbe presupporre un bisogno effettivo di risocializzazione del condannato, che a sua volta è strettamente connesso al suo grado di integrazione nel contesto sociale e valoriale in cui l'ordinamento si esprime⁹⁹. Ne consegue, in tale prospettiva, che l'irrogazione di una pena a un soggetto che abbia posto in essere una condotta lecita secondo l'ordinamento straniero, in un contesto culturale e normativo distante o addirittura antitetico rispetto a quello italiano, difficilmente potrebbe giustificarsi in termini di rieducazione. In tal senso, si è sostenuto che imporre a un cittadino stabilmente residente all'estero – o a uno straniero del tutto estraneo alla cultura giuridica italiana – un modello comportamentale fondato su valori non condivisi né condivisibili nel contesto di riferimento, trasformerebbe la pena da strumento di reinserimento a veicolo di imposizione ideologica, violando la finalità rieducativa¹⁰⁰.

Più complesso è invece valutare il caso del cittadino italiano che si rechi all'estero al preciso scopo di realizzare una condotta illecita in Italia ma lecita nel *locus commissi delicti*, fenomeno descritto come *law shopping*. In tale ipotesi, si contrappongono due letture: da un lato, si potrebbe ritenere che l'agente, eludendo consapevolmente la legge penale nazionale, dimostri una chiara volontà di sottrarsi alle regole condivise dalla comunità di appartenenza, rivelando così un deficit di integrazione che giustifica la risposta penale sul piano rieducativo. Dall'altro, si è rilevato che la scelta di agire secondo un ordinamento straniero che ammette tale condotta potrebbe riflettere, più che un atteggiamento deviante, un'incertezza normativa prodotta dall'isolamento del diritto interno rispetto al contesto

⁹⁹ Per tale posizione argomentativa si v. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 170.

¹⁰⁰ V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 16 s.

sovrannazionale o europeo. In questo senso, si è parlato di «diminuita capacità di orientamento culturale» della normativa italiana, specialmente laddove essa si ponga in contrasto con le scelte legislative di Stati vicini, appartenenti al medesimo spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁰¹. Tale disallineamento valoriale ridurrebbe l'efficacia della pretesa rieducativa, rendendo problematica la pretesa statale di esigere dal cittadino il rispetto di precetti non universalmente interiorizzabili.

Le contrastanti posizioni dottrinali esposte si riflettevano proprio sull'ambito d'applicazione dell'art. 9, co. 2, c.p., rispetto al reato di surrogazione di maternità, ossia alla problematica centrale della punibilità in Italia di condotte realizzate all'estero in contesti di liceità, come appunto l'utilizzo della maternità surrogata in Stati che la consentono. Sono queste, ma non solo, le ragioni che hanno spinto il legislatore ad intervenire sull'art. 12, co. 6 - come si vedrà successivamente in merito all'esposizione della riforma - per determinare la diretta applicazione della legge penale italiana nel caso di surrogazione di maternità compiuta, dal cittadino italiano, all'estero, in deroga ai requisiti disposti all'art. 9 c.p.

La riforma non ha, però, sopito il dibattito, ma al contrario la doppia incriminazione potrebbe costituire un parametro utile nel sindacato di proporzionalità dell'intervento normativo extraterritoriale, fungendo da indice della ragionevolezza delle scelte sanzionatorie del legislatore rispetto all'offensività del fatto e alla compressione dei diritti coinvolti.

3.3. La giurisprudenza sulla giurisdizione italiana per la surrogazione di maternità prima della l. n. 169/2024.

Prima di procedere alla disamina dell'attuale disciplina, per completare il quadro esposto e per comprendere ancor più adeguatamente la *ratio* della riforma, resta necessario ripercorrere i principali interventi giurisprudenziali in tema di applicazione del reato di maternità surrogata ai cittadini che facevano ricorso alla GPA all'estero.

La punibilità in Italia del turismo procreativo e della maternità surrogata all'estero, era, infatti, stata considerata già punibile dalla Corte di Cassazione, nelle

¹⁰¹ In tal senso BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006, 26.

due sentenze¹⁰² in cui si è occupata di tale fattispecie di reato, *ex art. 9, co. 2*, così come sopra analizzato, previa richiesta del Ministro della giustizia. Nella sentenza n. 13525/2016 la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi riguardo un caso in cui due cittadini italiani si erano recati in Ucraina per accedere alla pratica di maternità surrogata, lecita secondo l'ordinamento dello Stato estero. Il minore, nato nel 2014, era stato regolarmente iscritto nei registri di stato civile di Kiev come figlio degli imputati, in base alla documentazione genetica che attestava la paternità biologica e al consenso prestato dalla madre surrogata, cittadina ucraina. Successivamente, i due avevano richiesto alle autorità italiane la trascrizione dell'atto di nascita redatto in Ucraina, a seguito della quale i due erano stati rinviati a giudizio per il reato cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004 e anche per i reati cui agli artt. 110, 495 c.p.; 110, 567, co. 2, c.p.; 110, 48, 476 c.p. Tuttavia, con sentenza del 17 luglio 2015, il G.U.P. del Tribunale di Napoli aveva assolto gli imputati da ogni accusa: quanto al reato di surrogazione di maternità, perché il fatto non costituiva reato, ritenendo che i soggetti avessero agito nella convinzione della liceità del loro comportamento, trattandosi di pratica lecita nel Paese estero; quanto agli altri reati, per insussistenza del fatto, giacché non erano state rese dichiarazioni false né formati atti contraffatti, ma semplicemente richiesto il riconoscimento di un atto ufficiale straniero.

Tale decisione è stata oggetto di ricorso per cassazione da parte della Procura della Repubblica, che ha contestato, da un lato, l'erronea applicazione della sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale, ritenendo inappropriato il richiamo alla fecondazione eterologa per giustificare la liceità della surrogazione; dall'altro, ha denunciato il mancato accertamento delle omissioni e reticenze degli imputati nei confronti del funzionario consolare italiano, a cui non avevano esplicitato il ricorso alla maternità surrogata. Quanto agli altri capi di imputazione, si è inoltre sostenuto che l'atto di nascita presentato in Italia contenesse informazioni mendaci – in particolare l'indicazione della madre – e che tale alterazione fosse riconducibile alla volontà degli imputati.

Il secondo motivo analizzato dalla Cassazione in diritto riguarda le ipotesi di reato che sono state già ampiamente analizzate in relazione alla surrogazione di maternità nel capitolo precedente, ma rileva, nel caso di specie, la disamina del

¹⁰² Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 10/03/2016, n. 13525, cit.; Cass. Pen, sez. III, 28/10/2020, n. 5198, cit.,

primo motivo, che riguarda la sussistenza del reato cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004. La Corte di cassazione ha analizzato il rilievo del ricorrente, nella parte in cui evidenzia due principali errori giuridici contenuti nella sentenza impugnata. Il primo concerne la valorizzazione del solo dispositivo della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, senza tenere conto della relativa motivazione, nonostante sia pacifico che, nelle sentenze dichiarative d'illegittimità costituzionale, l'effettiva portata della pronuncia si evinca proprio dalla motivazione, soprattutto nei casi in cui solo quest'ultima consente di identificare esattamente le disposizioni effettivamente caducate. Il secondo errore riguarda il richiamo all'esimente dell'esercizio putativo del diritto, ritenuto inapplicabile nella fattispecie concreta, in quanto l'errore degli imputati investiva il precetto penale – ossia la percezione dell'antigiuridicità del fatto – e non già un'errata valutazione sulla legittimità di un diritto soggettivo.

Tuttavia, la Suprema Corte ha ritenuto che tali errori di diritto non incidessero in modo decisivo sul dispositivo della sentenza di assoluzione, escludendo, per tale motivo, l'annullamento della decisione ai sensi dell'art. 619, comma 1, c.p.p. La motivazione si fonda sul fatto che la questione relativa alla necessità della doppia incriminabilità risulta ancora oggi controversa, sia in dottrina sia in giurisprudenza. Alcune pronunce¹⁰³ ritengono che tale principio rilevi esclusivamente ai fini dell'estradizione, mentre, ai fini della punibilità dei reati commessi all'estero ex art. 9 c.p., la valutazione debba avvenire secondo la sola legge italiana. Altre decisioni¹⁰⁴, invece, ritengono che, fuori dai casi tassativi previsti dall'art. 7 c.p., sia indispensabile, per procedere penalmente, che il fatto sia punibile anche nell'ordinamento del luogo in cui è stato commesso, sebbene con diversa qualificazione giuridica.

Proprio alla luce di questo dibattito¹⁰⁵, il problema assume rilievo in rapporto alla consapevolezza della punibilità della condotta: secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, l'errore sul precetto può ritenersi inevitabile

¹⁰³ «Sez. 2, n. 2860 del 6 dicembre 1991 - dep. 16 marzo 1992, Buquicchio, Rv. 189895», in Cass. pen., Sez. V, 10/03/2016, n. 13525, cit.

¹⁰⁴ «Sez. 1, n. 38401 del 17 settembre 2002, Minin, Rv. 222924», in Cass. pen., Sez. V, 10/03/2016, n. 13525, cit.

¹⁰⁵ Sul tema si veda ampiamente *supra*, cap. III, par. 3.2.

quando deriva da incertezza normativa o da contrasto giurisprudenziale, come avvenuto nel caso di specie (Corte cost., sent. n. 364/1988). A ciò si aggiungono i principi sanciti dall'art. 7 CEDU, secondo cui la legge penale deve essere prevedibile, accessibile e sufficientemente chiara, affinché il cittadino possa sapere – anche con l'ausilio di un legale – quali condotte siano penalmente rilevanti e quali pene vi siano associate. In questo senso, la Corte EDU ha ribadito nel caso *Contrada c. Italia* che non può essere irrogata una sanzione penale sulla base di norme il cui contenuto sia oscuro o non interpretabile in maniera univoca dai consociati.

Pertanto, sulla base delle considerazioni sopra esposte, la Cassazione ha ritenuto non fondata la censura mossa al ragionamento del giudice di merito, concludendo per la non punibilità del fatto, in quanto commesso in un contesto normativo caratterizzato da un'incertezza interpretativa oggettiva, tale da rendere scusabile l'errore sull'antigiuridicità della condotta¹⁰⁶.

La seconda vicenda giurisprudenziale rilevante ha riguardato un procedimento instaurato presso il Tribunale di Pesaro, in cui due cittadini italiani – che, così come nel caso precedente, erano stati legalmente registrati quali genitori del nato in Ucraina e ne chiedevano la trascrizione in Italia – erano stati imputati del reato di cui all'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, in concorso tra loro, per aver fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero, con il coinvolgimento di una cittadina ucraina.

Il Tribunale ha ritenuto che la condotta penalmente rilevante si fosse integralmente consumata all'estero, individuando il *locus commissi delicti* in Ucraina, presso la clinica dove era stato concluso il contratto e realizzata la gestazione per altri. I contatti preliminari con la struttura, così come i pagamenti effettuati dall'Italia, erano stati qualificati dal giudice come meri atti preparatori, privi di autonoma rilevanza penale. Anche la successiva richiesta di trascrizione dell'atto di nascita in Italia era stata considerata una conseguenza successiva del

¹⁰⁶ Per un approfondimento sul tema si veda MARANI, *Maternità surrogata all'estero: nessun reato*, in *Atalex*, 2016; D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata*, cit., 19 s.; GATTA, *Surrogazione di maternità come "reato universale? A proposito di tre proposte di legge all'esame del parlamento*, in *Sistema Penale*, 2023, 3, 155; DI NINO, *Verso un diritto penale onnipresente*, cit., 111 s., «In altri termini, l'attuale assetto normativo non consente al cittadino, italiano o straniero, di essere messo nelle condizioni di conoscere preventivamente se e a quali condizioni il fatto che intende realizzare fuori dai confini nazionali possa essere assoggettato al diritto penale italiano».

reato già perfezionatosi all'estero. Sulla base di tale ricostruzione, e in assenza della richiesta del Ministro della giustizia prevista dall'art. 9, comma 2, c.p., il Tribunale aveva dichiarato di non doversi procedere, ritenendo inammissibile l'azione penale.

Contro tale decisione aveva proposto ricorso il Procuratore della Repubblica, secondo cui il giudice aveva indebitamente circoscritto la condotta tipica alla sola fase attuativa svolta all'estero, trascurando il fatto che l'accordo contrattuale, il pagamento dei corrispettivi (eseguito tramite provvista su conti correnti italiani), la reiterata espressione di volontà dei committenti e la successiva trascrizione dell'atto di nascita costituivano tutte fasi di un'unica condotta unitaria e complessa, che si era svolta almeno in parte sul territorio italiano. Ne derivava, ad avviso della pubblica accusa, l'erroneità della conclusione circa la necessità della richiesta ministeriale *ex art. 9, comma 2, c.p.*, dovendosi invece ritenere applicabile il criterio generale della territorialità previsto dall'art. 6, comma 2, c.p.

La Corte di cassazione ha tuttavia rigettato il ricorso, ritenendolo infondato tanto sul piano della ricostruzione fattuale quanto sotto il profilo interpretativo. In primo luogo, ha ritenuto corretta la decisione del Tribunale di Pesaro nell'individuare l'intero svolgimento della condotta penalmente rilevante al di fuori del territorio nazionale, escludendo pertanto l'applicabilità dell'art. 6, comma 2, c.p. e riconoscendo la necessità della richiesta ministeriale *ex art. 9, comma 2, c.p.* per procedere penalmente nei confronti di cittadini italiani. La Corte ha rilevato che tutte le fasi essenziali della pratica di maternità surrogata si erano compiute in Ucraina: dalla diagnosi di idoneità presso la clinica estera alla stipula del contratto con la gestante, dalla fecondazione con gameti maschili del committente all'ovodonazione, fino alla gestazione, alla nascita dei gemelli e alla loro registrazione anagrafica secondo la normativa locale. La richiesta di trascrizione dell'atto di nascita in Italia è stata considerata dalla Corte come un effetto successivo e non penalmente autonomo rispetto alla condotta principale.

Sul piano dell'interpretazione giuridica della fattispecie di reato, la Corte ha ribadito che l'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004 punisce chiunque, in qualsiasi forma, "realizza, organizza o pubblicizza" pratiche di surrogazione di maternità. Nel caso di specie, non essendo state contestate le condotte di organizzazione o pubblicità, la valutazione si è concentrata sull'elemento del "realizzare". Secondo

la Cassazione, tale espressione deve essere intesa in senso stretto, quale compimento effettivo e materiale dell'intera procedura, che si conclude con la nascita del bambino da una gestazione condotta per conto di altri. In quest'ottica, non ogni atto preparatorio o antecedente può considerarsi parte della condotta tipica, ma solo quelli che, per contenuto e funzione, siano direttamente funzionali e strettamente collegati alla concreta attuazione della surrogazione stessa.

Alla luce di ciò, la Corte ha ritenuto che i contatti iniziali intrattenuti dai committenti con la clinica ucraina via e-mail, così come le attività di informazione preliminare e i pagamenti effettuati tramite conti correnti italiani, non integrassero condotte penalmente rilevanti, in quanto privi del necessario nesso di immediatezza e concretezza con l'attuazione della pratica, e riconducibili piuttosto ad una fase esplorativa o negoziale. Tali elementi, secondo la Corte, non raggiungevano quella soglia minima di offensività richiesta per radicare la giurisdizione italiana sulla base dell'art. 6 c.p.

Sul piano sistematico, la sentenza valorizza in maniera significativa il principio di tassatività e prevedibilità della norma penale, che impone al giudice di delimitare l'ambito della fattispecie entro confini riconoscibili da qualsiasi consociato, secondo una interpretazione che consenta di prevedere *ex ante* quali comportamenti siano penalmente rilevanti. In tal senso, la Corte si è richiamata anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, nella nota pronuncia *Contrada c. Italia*, ha affermato la necessità che la norma penale sia formulata in termini sufficientemente chiari e prevedibili, e che sia interpretata dai giudici in modo conforme ai principi di legalità sostanziale (art. 7 CEDU). Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha quindi ritenuto legittima e giuridicamente corretta la decisione del Tribunale di Pesaro, escludendo sia la sussistenza di una parte di condotta penalmente rilevante realizzata in Italia, sia la possibilità di estendere l'ambito applicativo della norma incriminatrice fino a ricomprendere atti meramente preparatori o fasi preliminari, privi di un effettivo nesso funzionale con la concreta attuazione della surrogazione di maternità¹⁰⁷.

¹⁰⁷ In argomento si vedano ampiamente D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata*, cit., 19 s.; GATTA, *Surrogazione di maternità come "reato universale?"*, cit., 154.

La Corte ha inoltre ribadito che l'applicazione della legge penale italiana a fatti commessi all'estero da cittadini italiani richiede, in assenza di una parte della condotta realizzata sul territorio nazionale, la sussistenza della condizione di procedibilità prevista dall'art. 9, comma 2, c.p., ovvero la richiesta del Ministro della giustizia. Tale richiesta, nel caso di specie, non era intervenuta, con la conseguenza che il reato – pur astrattamente configurabile – risultava improcedibile.

Come emerge chiaramente dalle pronunce giurisprudenziali appena analizzate, la disciplina previgente si presentava estremamente fragile e lacunosa sotto il profilo dell'effettiva applicabilità sanzionatoria, rendendo, di fatto, assai difficile – se non impossibile – l'incriminazione del cittadino italiano che facesse ricorso alla maternità surrogata all'estero. In primo luogo, perché l'azione penale risultava condizionata dalle condizioni di procedibilità, tra cui la richiesta del Ministro della giustizia, ai sensi dell'art. 9, comma 2, c.p. In secondo luogo, anche nei rari casi in cui tale condizione fosse stata soddisfatta, l'incertezza interpretativa circa l'ambito applicativo dell'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004, nonché i dubbi sollevati in sede dottrinale e giurisprudenziale circa la necessità della doppia incriminazione e la corretta delimitazione della condotta tipica rendevano spesso scusabile l'errore sull'antigiuridicità del fatto da parte dell'agente, con conseguente esclusione del dolo.

4. La legge n. 169/2024 e l'obiettivo di una repressione penale “universale”.

4.1. L'iter legislativo, l'approvazione della legge 4 novembre 2024, n. 169 e le modifiche apportate all'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

Il dispositivo normativo dell'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004 non è, sino al momento della riforma, mai stato oggetto di interventi modificativi né ad opera del legislatore, né della Corte costituzionale. Ciò non è certamente dovuto alla pacificità del significato e della legittimità della normativa in esame, ma più verosimilmente alla spinosità della materia e alla sua disciplina. E se il divieto assoluto previsto dalla norma, insieme alle sanzioni penali poste a presidio dello stesso, pur se non privi di critiche dottrinali, sono stati faticosamente e

doverosamente accettati, non poche perplessità ha sollevato il tema, già ampiamente descritto¹⁰⁸, relativo alle conseguenze verificatesi una volta avvenuto il fenomeno della surrogazione di maternità all'estero; ossia il divieto, giurisprudenzialmente affermatosi, della trascrizione in Italia dell'atto di nascita correttamente formatosi all'estero.

Per evitare il costituirsi di tale problematica e in un'ottica di maggior tutela del minore, sono state avanzate molteplici proposte di intervento legislativo volte a disincentivare la fuga all'estero delle coppie italiane, per aggirare il divieto di surrogazione di maternità. Sono infatti stati presentati tre differenti progetti di legge¹⁰⁹, C. 342 (Candiani e altri) il 14 ottobre 2022, C.887 (Varchi e altri) il 15 febbraio 2023, e C. 1026 (Lupi e altri) il 21 marzo 2023, accomunati dall'intento di inasprire e irrobustire la previsione normativa, prevedendo la punibilità della condotta anche se compiuta all'estero.

In realtà, come si è già visto approfonditamente nella trattazione¹¹⁰, l'art. 9 del codice penale già disciplina l'ipotesi della punibilità di un reato comune commesso all'estero, prevedendo al co. 2, la punibilità, su richiesta del Ministro della giustizia, per i cittadini italiani che commettano reati sanzionati con la pena della reclusione inferiore nel minimo a tre anni. Sul tema inoltre resta aperta la complessa questione relativa al principio della doppia incriminazione, che dovrebbe – secondo diverse interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali – ritenersi sotteso alla disposizione oppure, secondo altra dottrina, considerarsi estraneo alla norma in esame.

Tale breve riferimento a quanto precedentemente esposto costituisce una precisazione necessaria volta a permettere di comprendere che è proprio su tale previsione che vogliono incidere le proposte di legge, ossia derogare alla disciplina dell'art. 9, co. 2 e rendere incondizionatamente punibile il fatto commesso

¹⁰⁸ Si veda *supra*, cap. III, par. 2.1. e 2.2.

¹⁰⁹ A loro volta preceduti da altri due progetti di legge: C. 306 (Meloni ed altri) presentata il 23 marzo 2018 e C. 2599 (Carfagna ed altri) presentata il 20 luglio 2020, in www.camera.it. Entrambi volti all'estensione dell'applicazione della legge penale italiana alle condotte di surrogazione di maternità compiute all'estero e il primo anche alla commercializzazione di ovuli e gameti. La prima proposta, inoltre, prevede l'estensione della punibilità anche agli stranieri, mentre la seconda ai soli cittadini. Per un approfondimento sul tema si veda PELISSERO, *Surrogazione di maternità*, cit., 30 ss.

¹¹⁰ Si veda *supra*, cap. III, par. 3.1.

all'estero, indipendentemente dalla richiesta del Ministro della giustizia e dalla doppia incriminazione. Mirando a rendere applicabile l'art. 7, n. 5 c.p., che prevede la punibilità del cittadino (e non solo) che commette in territorio estero alcun gravi reati ai danni dello Stato o di interessi pubblici, o reati che leggi penali speciali prevedono siano punibili anche se compiuti all'estero¹¹¹.

La prima proposta di legge, d'iniziativa dei deputati, c.d. "proposta Candiani"¹¹², dopo aver precisato il contenuto della legge n. 40/2004 e i concetti di PMA e di maternità surrogata in una breve esposizione, richiedeva l'introduzione di un nuovo comma all'art. 12, il 6-bis: «Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini, è vietato accedere alla surrogazione di maternità all'estero. Al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6». Nuovo comma col quale, considerando la surrogazione di maternità quale traffico di bambini, ne condannava la commissione anche all'estero.

La seconda proposta di legge (c.d. "proposta Varchi")¹¹³, si fondava su un'ampia disamina delle diverse modalità di surrogazione di maternità (gestazionale e genetica) e sulle implicazioni etiche e sociali della pratica, ritenuta una forma di mercificazioni del corpo femminile e dei bambini nati. Nell'intento di contrastare il turismo procreativo veniva data particolare attenzione al fenomeno come sviluppatosi in India, dove, grazie a prezzi nettamente inferiori a quelli americani si arrivava alla "produzione" di più di millecinquecento bambini, ad opera di donne spesso provenienti da condizioni di estrema povertà, con un *business* pari a 2 miliardi di dollari l'anno. Dinamica simile, seppur per soggetti abbienti, a causa dei più elevati costi, veniva descritta anche negli Stati Uniti d'America, ove addirittura si richiamava la sussistenza della possibilità, per i committenti, di scegliere alcuni caratteri del nascituro.

¹¹¹ Sul tema si veda D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata*, cit., 4 ss.; GATTA, *Surrogazione di maternità come "reato universale"?*, cit., 1 ss.

¹¹² V. Proposta di legge Candiani e altri, C 342, Lega, 14/10/2022, in *Camera dei deputati*, presentata dai deputati Candiani, Barabotti e Bof

¹¹³ Cfr. Proposta di legge Varchi e altri, C 887, Fdl, 14/02/2023, in *Camera dei deputati*, presentata dai deputati Varchi, Almici, Ambrosi, Amich, Colosimo, De Corato, Deidda, Di Giuseppe, Iaia, Longi, Lucaselli, Malaguti, Marchetto Aliprandi, Morgante, Tremaglia, Urzi

Alla luce di tale quadro, la proposta sottolineava la necessità di intervenire in modo deciso, sia sul piano normativo, sia su quello culturale, per riaffermare il divieto della maternità surrogata come limite invalicabile, ispirato alla tutela della dignità della donna e del minore. In tale prospettiva, veniva richiamata non solo la mozione del Comitato Nazionale per la Bioetica del 18 marzo 2016 – nella quale si affermava che la surrogazione costituisce un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio – ma anche la risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2015, contenuta nella Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo (2015/2229(INI)). In tale sede, il Parlamento aveva approvato un emendamento che condannava con fermezza la maternità surrogata, riconoscendola come una pratica lesiva della dignità della donna, in violazione dei diritti fondamentali. In supporto all'intervento legislativo, inoltre, si richiamavano anche alcuni precedenti giurisprudenziali e dibattiti dottrinali e veniva, a tal proposito, ricordata la sentenza del Tribunale di Milano dell'aprile 2014, nella quale i giudici avevano escluso la configurabilità del reato di alterazione di stato *ex art. 567, co. 2, c.p.* in caso di trascrizione del certificato di nascita estero, ma avevano ravvisato, in alternativa, il reato di falsa attestazione *ex art. 495 c.p.*, in relazione alla dichiarazione mendace resa dal marito sulla maternità biologica della moglie.

Sul piano teorico, invece, si dava conto delle diverse posizioni circa l'attribuzione dello *status* di madre, con un orientamento prevalente volto a escludere che il solo apporto genetico potesse fondare la maternità giuridica. A fondamento della punibilità extraterritoriale, veniva richiamato, infine, l'art. 7 del codice penale, che ammette la repressione di determinati reati anche se commessi fuori dai confini nazionali, purché ciò sia previsto da specifica disposizione di legge. Date le suddette argomentazioni, si proponeva l'aggiunta di un periodo finale al testo normativo: «Le pene stabilite al presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero».

La proposta in esame si differenziava dalla precedente e anche dalla successiva sia perché non faceva specifico riferimento alle condotte di surrogazione di maternità e pertanto si considerava ricomprendesse anche la pratica di commercializzazione di gameti, sia perché non delimitava l'ambito soggettivo di applicazione ai soli cittadini e per tale ragione mirava ad estendere la punibilità

della fattispecie incriminatrice anche allo straniero. In comune con l'ultima proposta di legge non prevedeva, inoltre, a differenza della "proposta Carfagna", l'aggiunta di un nuovo comma, ma l'integrazione del dispositivo.

In ultimo la proposta di legge (c.d. "proposta Lupi")¹¹⁴ dopo aver esposto sommariamente il contenuto della legge in tema di procreazione medicalmente assistita si soffermava sul divieto di surrogazione di maternità richiamando «il divieto di fare del copro umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro», sancito all'art. 3, co. 2, lett. c), CEDU, tra cui rientrerebbe l'utero in affitto. Riferendosi, così come era avvenuto nel progetto di legge Varchi, all'art. 7 c.p., proponeva l'estensione della punibilità: «Le pene stabilite dal presente comma per la surrogazione di maternità si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano».

Le proposte di legge esaminate, se pur con qualche differenza, hanno un fine pressoché analogo e sono state oggetto di svariate critiche relative alla compatibilità sia con il codice penale, nella parte in cui disciplina l'applicazione della legge penale nello spazio, sia con gli artt. 2, 3 e 25 della Costituzione, sia con la CEDU¹¹⁵. Tali questioni non hanno, però, arrestato il proseguimento dell'iter legislativo. Il disegno di legge Varchi è stato presentato alla Camera dei Deputati nel corso della XIX Legislatura, il 15 febbraio 2023, sotto il numero C.887; esso è stato assegnato alla II Commissione Giustizia in sede referente il 3 marzo 2023, dove è confluito, in fase istruttoria, in un testo unificato con le proposte di legge suddette, C.342 e C.1026. Il testo unificato è stato approvato dalla Camera dei deputati, con 166 voti favorevoli, 4 astenuti e 199 contrari, nella seduta del 26 luglio 2023, n. 147 ed è stato trasmesso al Senato della Repubblica il 27 luglio 2023, dove è stato assegnato alla 2^a Commissione permanente (Giustizia), in sede redigente il 2 Agosto 2023. Anche al Senato il disegno di legge è stato oggetto di un processo di unificazione con ulteriori proposte affini, in particolare ha assorbito i disegni di legge S.163, S.245 e S.475, dando luogo a un nuovo testo unico, con il numero S.824. L'approvazione definitiva da parte del Senato è avvenuta in data 16 ottobre 2024,

¹¹⁴ Si veda Proposta di legge Lupi e altri, C 1026, Noi moderati, 21/03/2023, in *Camera dei deputati*, avanzata dai deputati Lupi, Bicchielli, Cavo e Alessandro Colucci.

¹¹⁵ Le criticità della disciplina verranno ampiamente analizzate nei paragrafi successivi del presente capitolo.

con 84 voti favorevoli, 58 contrari e nessun astenuto¹¹⁶. La legge è stata quindi promulgata il 4 novembre 2024 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 270 del 18 novembre 2024, con il titolo: «Modifiche all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di surrogazione di maternità, per rendere punibile anche la condotta commessa all'estero da cittadini italiani»¹¹⁷. Il testo normativo¹¹⁸, entrato in vigore il 3 dicembre 2024, nella sua versione definitiva, prevede, in aggiunta al dispositivo previgente rimasto immutato, 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 italiana».

4.2. Il concetto di “reato universale” e l'effettiva portata extraterritoriale della riforma.

La prima precisazione da compiere in merito, a dispetto di quello che sembra essere il contenuto della riforma, è che la legge n. 169/2024 non rende il reato di maternità surrogata un reato universale. Quest'ultima espressione, infatti, si riferisce alle figure di reato punite dalla legge italiana ovunque, da chiunque e contro chiunque realizzate.

La norma codicistica di riferimento consiste nell'art. 7 c.p.¹¹⁹, che, dopo aver elencato determinate fattispecie di reato per le quali il reo, sia esso cittadino italiano che straniero, è punito secondo la legge italiana, senza che siano necessarie la sua presenza nel territorio italiano o alcuna condizione di procedibilità, al n. 5 riferisce, con una clausola di chiusura, a «ogni altro reato per il quale speciali

¹¹⁶ Sul tema LANDO, *Legge 169/2024: Perseguibilità del reato di gestazione per altri*, in *BioDiritto*, 2024.

¹¹⁷ Per approfondire le fasi dell'iter legislativo si consultino i siti ufficiali *Camera dei deputati* e *Senato della Repubblica*.

¹¹⁸ Disponibile in *Normattiva*.

¹¹⁹ V. art. 7 c.p., *Reati commessi all'estero*, «È punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati:

- 1) delitti contro la personalità dello Stato italiano;
- 2) delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto;
- 3) delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano;
- 4) delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni;
- 5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana».

disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana». L'art. 7 è ovviamente il frutto di una scelta politica del legislatore, compiuta in ragione della sua libertà, tutt'ora indiscussa, di determinare l'ambito di applicazione della legge penale, ossia la sfera della propria giurisdizione¹²⁰ ed è espressione sia del principio di difesa o personalità passiva che, al n. 5, di universalità, riferendosi, ivi, la disposizione a ipotesi di reato che colpiscono interessi comuni a tutti gli Stati, i *delicta juris gentium*¹²¹.

Per comprendere, però, adeguatamente il nesso tra l'aspirazione di incriminazione universale della surrogazione di maternità e la libertà Statale di determinare l'ambito di applicazione della legge penale, bisogna analizzare brevemente le ipotesi di reato che effettivamente sono punibili ovunque e da chiunque commesse e la *ratio* che le accomuna.

Al n. 1 la disposizione indica i delitti contro la personalità dello Stato italiano, ossia i reati disciplinati negli articoli dal 241 al 313, presenti nel titolo primo del secondo libro del codice penale (fatte salve alcune eccezioni per le quali è richiesta la commissione del reato nello Stato¹²² o che il delitto sia realizzato da un cittadino italiano¹²³) e i reati cui agli artt. 1088 e 1089, Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Codice della navigazione). Il numero 2 dell'art. 7 fa riferimento ai delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto, contenuti nell'art. 467 c.p. I delitti di falsità di monete e valori, cui al n. 3, seppur in assenza di tale esplicita specificazione, implicano si tratti di monete e valori italiani e sono disciplinati negli artt. 453 ss. c.p. In ultimo la disposizione, prima della clausola di chiusura, al n. 4, indica i delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni. Anche qui il richiamo apparentemente generico deve considerarsi riferito a soggetti al servizio dello Stato che compiano un reato attraverso violazioni inerenti alla loro funzioni; non è però necessario vi sia un rapporto di servizio con

¹²⁰ Sul tema di veda DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 68 ss.

¹²¹ In argomento PADOVANI, *Codice penale*, cit., 72 s; DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., 224 s.

¹²² Si veda ad es. l'art. 295 c.p.

¹²³ Cfr. a titolo esemplificativo gli artt. 242, 248, co. 2, 249, co. 2, 250, c.p.

l'amministrazione, potendo integrare la fattispecie anche il solo svolgimento di una missione occasionale.

Il n. 5 dell'art. 7 è la disposizione più rilevante per la materia cui trattasi ed è soggetto a una duplice lettura¹²⁴, la prima dottrinale e la seconda giurisprudenziale. Infatti, apparentemente potrebbe sembrare privo di una forza precettiva autonoma, sia in quanto il riferimento alle speciali disposizioni di legge sarebbe superfluo, data la previsione di punibilità espressamente già contenuta nelle singole norme (artt. 501, co. 4, 504, co. 4, 537, 591, co. 2, 642, co. 4, c.p.; 1080 c. nav.), sia perché il riferimento alle convenzioni internazionali implicherebbe necessariamente un meccanismo di adattamento delle stesse al diritto interno. Per tali ragioni la dottrina riconosce alla disposizione, non una funzione precettiva autonoma, ma il solo ruolo di escludere ogni altra condizione di procedibilità per l'applicazione della legge penale in caso si realizzi uno dei reati previsti¹²⁵.

La giurisprudenza invece ha attribuito alla clausola di chiusura dell'art. 7 un importante ruolo nell'affermazione della giurisdizione italiana per la commissione all'estero di gravi reati ai danni di cittadini o beni italiani¹²⁶, in adesione alle convenzioni internazionali che impongono all'Italia di contrastare e reprimere i *delicta juris gentium*¹²⁷.

¹²⁴ In tal senso DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., 226 s.

¹²⁵ Cfr. LEVI, *Diritto penale internazionale*, cit.; TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit.

¹²⁶ Si veda Cass. pen., Sez. I, 14/09/2015, n. 43696, in *DeJure*, in cui è riconosciuta la giurisdizione italiana ex art. 7, n.5, c.p. per i crimini di guerra, nel caso di specie per l'omicidio plurimo eseguito nei confronti di militari italiani impegnati in una missione di monitoraggio internazionale; Cass. pen., Sez. I, 08/05/2018, n. 24975, *ivi*, nella quale la Corte ha riconosciuto la giurisdizione penale italiana ai sensi dell'art. 7, n. 5, c.p., per l'uccisione di tre volontari italiani della Croce Rossa in missione umanitaria in Bosnia-Erzegovina, catturati, depredati e uccisi da un reparto dell'esercito bosniaco. Pur non integrando i requisiti di sistematicità ed estensione propri dei crimini contro l'umanità, la Corte ha ritenuto che la condotta fosse di tale gravità da ledere i diritti fondamentali della persona, tutelati da norme inderogabili sia dell'ordinamento internazionale che di quello interno.

¹²⁷ Una particolare forma di estensione della giurisdizione penale italiana è prevista dall'art. 22 del Trattato del Laterano, secondo cui l'Italia si impegna a punire, nel proprio territorio, i delitti commessi nella Città del Vaticano in due ipotesi distinte: quando l'autore del reato si sia rifugiato in Italia e quando vi sia una richiesta e una delega da parte della Santa Sede. Nel primo caso, lo Stato italiano procede "senz'altro" secondo le proprie leggi, senza che sia necessario un intento volontario di rifugio da parte del reo: è sufficiente la sua mera presenza in Italia successiva alla commissione del fatto. Questa ipotesi opera in maniera analoga a quanto previsto dagli artt. 9 e 10 c.p., ma con la peculiarità che la giurisdizione si fonda direttamente sull'accordo pattizio. Tuttavia, affinché l'Italia possa punire il fatto, è necessario che esso costituisca reato anche secondo la legge italiana, in ossequio al principio della doppia incriminazione. Diverso è il caso in cui intervenga una richiesta e una delega da parte della Santa Sede: in tal caso, l'Italia acquista un potere giurisdizionale che consente di procedere anche in relazione a fatti che non costituiscono reato secondo la propria legge,

Dall'analisi della disposizione emergono chiaramente le *rationes* delle diverse fattispecie riconducibili in parte al principio della difesa dello Stato e in altra al generalizzato disvalore riconosciuto, nella comunità internazionale, a determinate fattispecie di reato.

La surrogazione di maternità è ad oggi una delle ipotesi indicate al n. 5 dell'art. 7, c.p., in quanto la disposizione di legge ne prevede l'applicazione anche all'estero, ma va sottolineato che l'art. 12, co. 6 si applica al solo cittadino che realizza il reato all'estero e non anche allo straniero. È questa la ragione per cui non può propriamente parlarsi di reato universale, quando si affronta la fattispecie di GPA e per cui tale ipotesi si distingue dalle altre generalmente enunciate dall'art. 7.

Ulteriore elemento che rende dubbio l'inserimento di tale reato tra quelli di cui all'art. 7 è che la GPA non è caratterizzata da nessuna delle due *rationes* che accomunano le altre ipotesi di reato rientranti nella disposizione dedicata ai c.d. "reati universali": né vengono lesi interessi direttamente riferibili allo Stato, né vi è un generale disvalore sovranazionale; al contrario il panorama internazionale è nettamente più aperto in materia e la stessa disposizione italiana prevede, a confronto con le ingenti sanzioni poste a presidio delle figure di reato a cui fa riferimento l'art. 7, una sanzione penale detentiva bagatellare, a dimostrazione di un disvalore nettamente inferiore appartenente alla condotta in esame rispetto ai reati cui all'art. 7 c.p.¹²⁸.

L'ottica del legislatore in tal senso è stata quella di conferire effettività all'incriminazione extraterritoriale al fine di ostacolare il turismo procreativo non con una pena elevata e di nulla applicazione, ma con una pena blanda e certa¹²⁹.

applicando le norme sostanziali dell'ordinamento vaticano. Tale meccanismo eccezionale di giurisdizione delegata trova fondamento nell'art. 7, n. 5, c.p., che estende la legge penale italiana ai reati per i quali convenzioni internazionali prevedono tale applicabilità.

¹²⁸ Si vedano ampiamente per tali posizioni critiche ZINCANI, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, cit., 10; MASSI, *Sulla "surrogazione di maternità". Aspetti problematici del c.d. reato universale*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 4, 527 ss.

¹²⁹ In questo senso potrebbe apprezzarsi una finalità consonante con l'insegnamento di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, 73, in *Opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1821, in *Internet Archive*. «Uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma la infallibilità di esse, e per conseguenza la vigilanza dei magistrati, e quella severità di un giudice inesorabile, che per essere un'utile virtù dev'essere accompagnata da una dolce legislazione. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione, che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza della impunità; perchè i mali anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli

Soltanto se le proposte iniziali, che miravano all'incriminazione universale della condotta di surrogazione di maternità fossero state effettivamente adottate, il nostro Paese avrebbe avuto giurisdizione anche nei confronti dei cittadini stranieri che avessero commesso i fatti secondo la *lex loci*, al di fuori dello Stato italiano. Tuttavia, le conseguenze sarebbero risultate essere di rilevanza internazionale: anzitutto, si sarebbe configurata una vera e propria ingerenza nella sfera di sovranità degli altri Stati rispetto ad una materia che nulla ha a che vedere con i crimini interazionali; in secondo luogo, sarebbe stata dubbia la legittimità costituzionale della norma nel rispetto del principio di colpevolezza, data l'impossibilità per il soggetto straniero di osservare la legge penale italiana; infine, sarebbe stato praticamente irrealizzabile l'esercizio di tale giurisdizione, data l'assenza di collaborazione che vi sarebbe stata da parte degli Stati che consentono la GPA e nel cui territorio il fatto si sarebbe verificato¹³⁰.

La norma, nella sua attuale formulazione, deroga, quindi alla disposizione generale concernente l'incriminazione di un reato commesso all'estero dal solo cittadino italiano (art. 9 c.p.), non stabilendo che siano necessarie né la presenza del soggetto nel territorio dello Stato, né la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o querela della persona offesa.

La disposizione non è quindi espressione del principio di universalità, pur tendendo ad esso, ma è il risultato dell'incondizionata adesione al principio della personalità attiva che impone l'applicazione della legge penale dello Stato italiano se a commettere il reato sia un cittadino italiano.

L'adozione di tale criterio per determinare la sfera di applicazione della legge statale è conforme ai principi generali di diritto internazionale, basandosi sulla sovranità dello Stato che vuole disciplinare le condotte dei propri cittadini anche al di fuori dei confini territoriali. Infatti, il riconoscimento della libertà del legislatore nazionale nel determinare l'ambito di efficacia spaziale della legge penale è da considerarsi insuperato e tutt'ora fortemente affermato. Dal punto di

animi umani, e la speranza, dono celeste che sovente ci tien luogo di tutto, ne allontana sempre l'idea dei maggiori, massimamente quando l'impunità, che l'avarizia e la debolezza spesso accordano, ne aumenti la forza. [...] A misura che le pene divengono più dolci, la clemenza ed il perdono diventano meno necessari».

¹³⁰ Sul tema TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 2 ss.

vista del diritto internazionale generale, è principio acquisito che lo Stato goda di un'ampia libertà nell'individuare i criteri di giurisdizione penale, salvo che non sussistano regole proibitive specifiche¹³¹. Di conseguenza, il principio di territorialità non è da considerarsi un vincolo assoluto di diritto internazionale e non coincide con il concetto di sovranità territoriale. Ciò è confermato anche dalla *communis opinio* europea e internazionale, la cui principale fonte è la sentenza Lotus del 1927¹³². Tale sentenza ha affermato che l'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato deve ritenersi lecito fino a che non contrasta con una norma internazionale di veto. Dunque, il diritto internazionale non prevede titoli esclusivi di legittimità, ma lascia libertà di esercizio della potestà punitiva, entro i limiti del rispetto della sovranità altrui.

Questa libertà di scelta, però, implica inevitabilmente un'intromissione dello Stato negli affari interni dell'ordinamento straniero in cui il delitto si è realizzato, tant'è che il rapporto tra l'estensione unilaterale della legge penale da parte dello Stato e la sua compatibilità con le regole di diritto internazionale è da sempre un nodo problematico, un vero e proprio "rompicapo"¹³³. Ciononostante, il diritto internazionale generale stabilisce solo regole di tipo negativo, che vietano l'esercizio della giurisdizione in casi determinati, ma non pongono limiti generali alla discrezionalità del legislatore statale, con una tendenza al *laissez-faire*. Pertanto, la scelta del legislatore italiano non trova un limite contrastante nel diritto internazionale ed è, conseguentemente, da considerarsi formalmente lecita su tale piano¹³⁴.

5. I dubbi di legittimità della legge n. 169/2024.

Come si vedrà, la dottrina ha sollevato penetranti dubbi circa la legittimità della riforma e l'idoneità della fattispecie a essere applicata extraterritorialmente.

Prima di procedere con l'analisi delle più complesse questioni, un profilo di dubbia costituzionalità, che vede concordi la maggior parte degli studiosi della

¹³¹ Si veda DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 72 ss.

¹³² V. Corte Permanente di Giustizia, Internazionale, CPJI, 7/09/1927, Serie A, n. 10, *Lotus*, in https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.

¹³³ Espressione utilizzata da LEVI, *Diritto penale internazionale*, cit., 102.

¹³⁴ In argomento DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit., 76.

materia, è comunque l'intrinseca indeterminatezza della fattispecie. Quest'ultima è stata ampiamente analizzata in sede di descrizione del reato e si pone alla base della maggior parte dei dibattiti sorti sulla materia, ma assume ancor più rilievo se posta in relazione all'estensione dell'ambito applicativo della norma oltre i confini nazionali, meritando che si dia ad essa un'autonoma rilevanza espositiva¹³⁵. Come già ampiamente analizzato la stessa riguarda, in primo luogo, l'assenza di una definizione legislativa chiara del concetto di «maternità surrogata» e, più ancora, la genericità dell'espressione «realizzazione» utilizzata dal legislatore per individuare la condotta incriminata. La norma non chiarisce quali siano gli elementi essenziali della fattispecie: né quali atti siano penalmente rilevanti, né chi possa essere considerato autore del reato, né in quale momento tale reato debba ritenersi perfezionato. La surrogazione di maternità, infatti, è un processo articolato, che si sviluppa attraverso una pluralità di fasi¹³⁶. Di fronte a una simile complessità, la norma si presenta come un contenitore onnicomprensivo che, sotto un unico tipo legale e una sola cornice edittale, tenta di ricondurre situazioni eterogenee per natura, struttura e valore etico-sociale¹³⁷.

A fronte di tale indeterminatezza, si impone un'operazione interpretativa *ex post* che, in assenza di vincoli testuali rigorosi, finisce per affidare all'interprete un potere discrezionale eccessivo e arbitrario, minando il principio di legalità in senso sostanziale. Infatti, se è vero che la Corte di cassazione del 2020¹³⁸ ha per la prima volta cercato di delimitare il perimetro della fattispecie, individuando il momento consumativo del reato nella nascita del minore e includendo anche le condotte prodromiche, resta tuttavia evidente come tale ricostruzione sia frutto di una lettura giurisprudenziale e non di una scelta chiara e univoca del legislatore.

L'assenza di una tipizzazione precisa si ripercuote dunque anche sul piano della colpevolezza soggettiva, ponendo seri dubbi sul rispetto dell'art. 27, co. 1,

¹³⁵ In tal senso si vedano VALLINI, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 16 ss.; TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 18 ss.

¹³⁶ In argomento si veda *supra*, cap. II, par. 4.1. e 4.3.

¹³⁷ Si veda ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE E LABORATORIO PERMANENTE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE, *La riforma dei delitti contro la persona Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, 7 s. che propone una riformulazione della fattispecie incriminatrice rispettosa del principio di precisione.

¹³⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 28/10/2020 n. 5198, cit.

Cost. L'indeterminatezza normativa, già problematica nella sua dimensione interna, si accentua ulteriormente quando si tratti di applicare la fattispecie in via extraterritoriale, ossia a condotte che si svolgano in ordinamenti giuridici diversi, spesso caratterizzati da una regolamentazione della surrogazione legittimante e garantista. In tali contesti, l'impossibilità per il cittadino di prevedere con sufficiente chiarezza quale delle sue azioni possa costituire reato secondo il diritto italiano, si traduce in una violazione del diritto alla prevedibilità del rischio penale, soprattutto per coloro che non vivano stabilmente in Italia e che, non conoscendo né frequentando l'ordinamento nazionale, difficilmente potrebbero essere ritenuti a consapevoli delle sue evoluzioni giurisprudenziali.

In tal senso solo l'applicazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.p. potrebbe in parte sanare tale lesione, ma, tuttavia, un simile rimedio – oltre a essere incerto per via dell'atteggiamento restrittivo della giurisprudenza – non eliminerebbe la sopravvivenza della norma penale viziata, ma ne renderebbe solo meno afflittiva l'applicazione¹³⁹, lasciando irrisolto il problema di fondo: la dubbia sostenibilità costituzionale di una previsione incriminatrice indeterminata, e per di più applicabile in modo illimitato nello spazio ai cittadini italiani.

5.1. I rapporti tra l'extraterritorialità incondizionata e il principio di offensività.

Procedendo nell'analisi delle criticità proprie della riforma, la presente disamina si pone l'obiettivo di valutare la conformità della nuova clausola normativa rispetto al principio di offensività. Ci si concentrerà sul bene giuridico tutelato dalla norma, non in sé per sé considerato, ma in relazione alla capacità della fattispecie di essere extraterritorialmente applicata.

Innanzitutto, per valutare l'idoneità della norma ad essere applicata al di fuori del territorio statale, in dottrina, si riscontrano due orientamenti: uno che fa

¹³⁹ Sul tema VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 30 ss.

leva sulla “dimensione spaziale” del bene giuridico protetto¹⁴⁰ e l’altro che si basa sulla struttura della fattispecie e l’assenza di esplicite limitazioni¹⁴¹.

Secondo la prima prospettiva, i beni individuali possiedono una «tendenziale vocazione universale»¹⁴² e per questo possono essere tutelati anche extraterritorialmente; diversamente, per i beni collettivi è necessaria una valutazione caso per caso, che ne esclude la tutelabilità extraterritoriale in assenza di lesione agli interessi del gruppo sociale dello Stato che voglia estendere la propria potestà punitiva oltre i confini territoriali nazionali¹⁴³. Per tale ragione, in questa prospettiva, sarebbe preliminare l’individuazione del bene giuridico tutelato attraverso la maternità surrogata, per comprendere se sia un diritto meritevole di tutela extraterritoriale. Si rinvia, per approfondire il tema, alla trattazione già ampiamente svolta in argomento in precedenza¹⁴⁴, essendo sufficiente, ivi, riprendere i riferimenti principali per comprendere le questioni che si pongono: se si identifica il bene giuridico tutelato nella dignità della donna o del minore si è certamente dinnanzi a un bene individuale, ma se il bene giuridico viene individuato nell’interesse dello Stato alla regolare costituzione dei rapporti familiari o nella pubblica morale, la fattispecie non può applicarsi al di fuori del territorio ove tali beni giuridici non trovano alcuna radice¹⁴⁵.

Secondo differente opinione, però, la teoria che dà rilevanza distintiva al bene giuridico, affida al potere giudiziario eccessiva discrezionalità nell’individuazione dello stesso, ed è per tale ragione di dubbio fondamento¹⁴⁶. In ossequio a questo diverso orientamento sarebbe preferibile adottare il criterio strutturale più che quello teleologico, appena esposto, per comprendere se esistono

¹⁴⁰ In tal senso MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Ann. Univ. Fer. - NS*, vol. n. XIII, Ferrara, 1999, 138; ID, *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2009, 580.

¹⁴¹ Cfr. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale.*, cit., 255 ss.

¹⁴² Si veda MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013, 231 ss.; TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 8.

¹⁴³ In argomento MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale*, cit., 136 ss.; ID, *Reato e territorio*, cit., 587 ss.

¹⁴⁴ Si veda *supra*, cap. II, par. 4.2.

¹⁴⁵ Per approfondire si veda *infra*, cap. III, par. 5.1.

¹⁴⁶ V. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 353; DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale.*, cit., 259 ss.

effettivamente limiti interni alla fattispecie o esterni ad essa tali da impedirne l'efficacia extraterritoriale.

Seguendo tale impostazione¹⁴⁷, l'analisi della norma conduce a ritenere che per la sua formulazione non contiene ostacoli alla sua applicazione al di fuori del territorio; infatti, pur soffermandosi sul concetto di maternità, per la cui comprensione dovrebbe rinviarsi alle norme di diritto civile del nostro ordinamento giuridico, che così come interpretate non permetterebbero la loro sovrapposizione al concetto di maternità estero, si deve prescindere da tale visione che rischia di ipervalorizzare le espressioni utilizzate dalla legge e interpretare il termine nella sua accezione di affidamento della funzione gestazionale a una donna diversa da colei che invece voglia assumere lo *status* di madre sociale. Proprio tale dissociazione tra maternità gestazionale e sociale, costituendo il nucleo della fattispecie comune a tutti gli Stati stranieri, aldilà delle singole normative e discipline del fenomeno, rende il reato, così come strutturato, potenzialmente idoneo alla sua applicazione extraterritoriale.

La prima tesi, quella assiologica, che scandaglia la dimensione del bene giuridico tutelato per comprendere se la fattispecie sia applicabile al di fuori dei confini nazionali, non è pacificamente accolta in dottrina, come visto; ma ciò non esclude che sia opportuno interrogarsi sulla portata "extraterritoriale" del bene giuridico in esame; una valutazione che, per inciso, viene svolta anche da coloro i quali sembrano rifiutare tale valutazione teleologica¹⁴⁸. Sembra sottintendersi, infatti, che affinché la riforma sia costituzionalmente legittima debba configurarsi l'offesa a un bene giuridico che si possa estendere al di fuori dei confini nazionali.

Rinviando alla trattazione specifica sul bene giuridico a quanto già ampiamente esposto in precedenza, basti qui ritenere – in ossequio alla teoria maggioritaria in dottrina che riconosce l'interesse tutelato nella dignità della donna, rispettando il dettato normativo che non distingue tra forma altruistica e commercialistica di surrogazione¹⁴⁹ – che la mancanza di tale differenziazione

¹⁴⁷ In argomento TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 10 ss.

¹⁴⁸ V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 10.

¹⁴⁹ In tal senso DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, vol. n. I, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1551; PULITANÒ, *Surrogazione di maternità*

implica l'adozione di un concetto di dignità che prescinde dalla mercificazione e della commercializzazione del corpo della donna. Potendo, piuttosto, identificarsi nella considerazione dell'indisponibilità della funzione riproduttiva della stessa, si ritiene viziata la libertà di autodeterminazione della madre anche in assenza di un motivo economico, proprio in ragione di un giudizio di valore riguardante il rapporto tra la gestante e il feto, configurandosi una degradazione della dignità *in re ipsa*¹⁵⁰. La concezione di dignità così delineata potrebbe pertanto profilare una violazione del principio di offensività¹⁵¹, ma prescindendo dalle, pur pertinenti, valutazioni dottrinali, in giurisprudenza non si riscontra alcun orientamento favorevole all'accoglimento di tali assunti e a porre questioni di legittimità costituzionale in merito all'indeterminatezza del bene giuridico tutelato in violazione del principio di offensività.

La medesima analisi può svolgersi relativamente alla dignità del minore, identificato quale bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, che sarebbe lesa dal possibile pregiudizio alla stabilità delle proprie relazioni affettive. A tale assunto è lecito obiettare che neanche un bambino che nasce in assenza di surrogazione di maternità, ossia in una famiglia "naturale", ha la certezza in merito alla stabilità delle proprie relazioni affettive. Pertanto, al di là delle singole ipotesi e contestazioni, secondo parte della dottrina¹⁵² ciò che effettivamente rileva sia in ambito nazionale che nell'ipotesi di applicazione extraterritoriale della fattispecie, è il fatto che viene chiamata in causa la dignità dei soggetti vulnerabili coinvolti all'interno di questa pratica. Ciò traducendosi nell'adozione di una sorta di scudo alle possibili questioni di costituzionalità, date le caratteristiche proprie del concetto di dignità, inteso quale valore intrinseco della persona, posto alla base di ogni altro diritto soggettivo e caratterizzato da un'ampiezza e multiformità tali da rendere sostanzialmente irrealizzabile un tracciamento dei confini costituzionali della

all'estero., cit., 1372; VALLINI, *La schiava di Abramo*, cit., 905; ID, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 18 s.

¹⁵⁰ Cfr. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 18; TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità.*, cit., 22.

¹⁵¹ Per un ampio approfondimento sul principio di offensività e l'evoluzione storica del concetto si veda MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, in FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO (a cura di), *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2005.

¹⁵² In tal senso TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 23 ss.

fattispecie relativamente all'offensività del bene giuridico tutelato¹⁵³. In tale accezione è certamente consentita e ragionevole l'estensione dell'applicazione della legge penale al di fuori dello Stato nei confronti dei fatti verificatisi oltre i confini nazionali, ma comunque lesivi della dignità, quale «*status* egualitario universale»¹⁵⁴, in quanto possidente un contenuto minimo condiviso da tutti gli Stati civili. In merito, però, bisogna mettere in luce che la dignità dei soggetti coinvolti è minormente offesa negli Stati in cui la maternità surrogata è legale e conseguentemente disciplinata e ricca di maggiori garanzie.

In senso analogo, per ciò che riguarda alcune conclusioni e argomentazioni, ma anche parzialmente distante, si pone la visione della dottrina che tende a mettere radicalmente in discussione l'idea stessa che la dignità – sia della donna gestante che del minore – possa essere invocata come fondamento dell'incriminazione della maternità surrogata¹⁵⁵, soprattutto quando si tratti di estenderne l'efficacia extraterritoriale. Secondo questa impostazione critica, non solo l'evocazione della dignità si fonderebbe su assunti assiologici estremamente opinabili, ma anche l'utilizzo di tale concetto risulterebbe privo di reale contenuto denotativo e si presterebbe a fungere da veicolo di precomprensioni ideologiche, in particolare di matrice conservatrice o paternalista.

Tale lettura critica evidenzia come la pretesa di sanzionare penalmente condotte poste in essere all'estero da cittadini italiani, in Stati in cui la GPA è legale e disciplinata secondo criteri di trasparenza e tutela dei diritti, rappresenti un'intollerabile forzatura del principio rieducativo di cui all'art. 27, co. 3, Cost., traducendosi in una forma di imposizione ideologica e simbolica di una specifica concezione etico-antropologica dello Stato italiano. Una tale estensione della potestà punitiva, che prescindendo del tutto dal criterio della doppia incriminazione, non sarebbe che la manifestazione di una volontà statale di plasmare le coscienze individuali attraverso lo strumento penale, e non, invece, di tutelare un bene

¹⁵³ Sul punto PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero*, cit., 1372.

¹⁵⁴ V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 24; in tema vengono citati BESSON, *The Egalitarian Dimension of Human Rights*, in *ARSP*, 2013, 136, 23 ss.; BAER, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, in *UTLJ*, 2009, 59, 417; RESTA, *The Comparative Law of Dignity: An Introduction*, in *RomaTreLRev*, 2019, 1, 114.

¹⁵⁵ In argomento ampiamente VALLINI, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 18 ss.

giuridico concreto e percepibile. In definitiva, si mette in discussione l'adeguatezza costituzionale dell'incriminazione della surrogazione di maternità nella misura in cui essa si fonda sulla dignità intesa come valore non bilanciabile, imprecisamente definito e sovraccaricato di significati morali. Ad avviso di tali voci dottrinali, una simile impostazione rischia di oscurare la realtà plurale delle esperienze coinvolte – quella delle madri surrogate, dei genitori intenzionali e dei figli nati dalla pratica – e di sostituirsi arbitrariamente alla loro voce, ergendosi a rappresentante non richiesto di una soggettività che invece andrebbe ascoltata e rispettata.

La presente disamina, superando le letture più fedeli al dispositivo che individuano il bene giuridico tutelato nella dignità e scandagliando le reali intenzioni sottese alla normativa, prosegue analizzando le posizioni dottrinali che identificano, quale bene giuridico tutelato, lo stato di famiglia¹⁵⁶; bene che, essendo per sua natura dato dalla disciplina nazionale, non può estendersi negli Stati che invece adottano un approccio difforme o addirittura consentono la GPA. Medesima argomentazione è adottata da coloro i quali rinvencono nella moralità pubblica¹⁵⁷ il bene giuridico che il legiferante voglia tutelare, osservando la *ratio* dell'incriminazione nella convinzione – di stampo etico e religioso – assolutizzata e imposta del legislatore che la maternità surrogata sia contraria al modello naturale dei rapporti familiari così come concepiti da una parte della società. Pertanto, non potendosi estendere tale base culturale al di fuori del contesto territoriale in cui è viva, non potrebbe giustificarsi l'applicazione della norma incriminatrice, avente tale *ratio*, all'estero, ad un cittadino che agisca in un luogo in cui vi sia un orientamento culturale diverso. L'analisi appena svolta dimostra come la valutazione di compatibilità con il principio di offensività svolta da coloro i quali screditano la tesi assiologica giunge ad adottare una logica di fondo comune a quest'ultima, ruotando intorno all'individuazione del bene giuridico e alla determinazione della sua portata offensiva.

¹⁵⁶ In tema STELLA, *L'alterazione di stato mediante falsità*, Milano, 1967, 228 ss.; ALBAMONTE, *La formazione dell'atto di nascita nel delitto di alterazione di stato*, in *Giur. Pen.* 1975, 649 s.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. n. VII, Torino, 1984, 727 ss. e 810 ss. e 826; citati in TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 26.

¹⁵⁷ Si veda DURIGATO, *Gli attentati alla morale familiare nella previsione dell'art 565 c.p.*, in *IP*, 2005, 989.

In conclusione, le plurime letture esaminate, pur differenziandosi nel valore attribuito alla rilevanza del bene giuridico, nell'individuazione dello stesso e delle criticità che ne derivano, sono accomunate dalla considerazione che la norma così come configurata pone rilevanti dubbi di legittimità rispetto al principio di offensività. L'attenta analisi si scontra, però, con una realtà in cui la dignità è adottata quale ragione sufficiente sia di tale incriminazione che della estensione applicativa della fattispecie, e ad ora non sembra prospettarsi, né da parte del legislatore, né da parte della giurisprudenza, la possibilità di una dichiarazione di illegittimità costituzionale in proposito.

5.2. Il sindacato di proporzionalità e l'equo bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito e i diritti fondamentali compressi.

Il secondo parametro a cui sottoporre, secondo parte della dottrina¹⁵⁸, l'adozione incondizionata del criterio della personalità attiva è quello di proporzionalità, nel bilanciamento operato dal legislatore tra i diversi interessi in gioco.

Sulla validità del giudizio di proporzionalità nel giudizio costituzionale sulle norme penali non vi è unità di vedute, ma nella presente trattazione si tenta di mettere adeguatamente in luce questa teoria, per comprendere le ulteriori, nonché ultime, complesse questioni concernenti la disposizione esaminata. Infatti, secondo gli studiosi¹⁵⁹ che avvalorano tale sindacato, in riferimento ad esso si parla di "giudizio" e non di "principio" di proporzionalità, proprio perché non si tratta di un concetto sostanziale che aggiunge qualcosa di altrimenti assente nel testo Costituzionale, ma consiste in un metodo di giudizio necessario alla verifica a che siano adeguatamente tutelati e bilanciati tutti i diritti che il sistema giuridico mira a garantire.

I parametri applicativi del giudizio di proporzionalità delle scelte legislative, sviluppatosi originariamente nell'ambito della giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca e successivamente accolto tanto dalle corti nazionali quanto

¹⁵⁸ In tema TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 35 ss., il quale espone ampiamente la teoria che verrà esaminata nel presente paragrafo.

¹⁵⁹ In tal senso RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, in DOLCINI, FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO, SGUBBI, (diretto da) *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2020, 103.

da quelle sovranazionali, costituiscono oggi un riferimento consolidato¹⁶⁰. Tale sindacato si articola in quattro distinti passaggi: a) l'individuazione della *ratio legis*, ossia la verifica della legittimità e della non arbitrarietà dello scopo pubblico perseguito dal legislatore; b) l'idoneità della scelta incriminatrice rispetto al conseguimento di tale scopo (idoneità, *Geeignetheit*); c) la necessità dell'intervento penale, intesa come impossibilità di ricorrere a strumenti alternativi, meno invasivi ma ugualmente efficaci (valutazione di necessità, *Erforderlichkeit*); d) il bilanciamento proporzionato tra l'interesse pubblico tutelato e il diritto fondamentale inciso. I primi tre momenti valutativi rientrano nella cd. proporzionalità "in senso ampio" (*Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne*), mentre il quarto costituisce l'essenza del sindacato di proporzionalità "in senso stretto" (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

In adesione a tale modello astratto e generalmente applicabile è necessario procedere per la valutazione di proporzionalità della norma in esame.

L'accertamento della legittimità dello scopo perseguito, laddove si resti fedele alla visione maggioritaria nell'individuazione della dignità quale del bene giudico, è positivamente superato data la non irrazionalità e arbitrarietà della scelta di tutela.

Invece, per quel che riguarda la valutazione dell'idoneità della scelta di estendere la potestà punitiva anche rispetto alle condotte tenute all'estero dal cittadino italiano al fine di contrastare il fenomeno del turismo procreativo, la stessa deve confrontarsi sia con l'indeterminatezza, che è propria della fattispecie in se per se considerata ed è resa ancora più problematica dall'estensione extraterritoriale della potestà punitiva data l'imprevedibilità nell'individuazione della responsabilità penale, sia con le concrete difficoltà processuali di coordinamento che possono prospettarsi con gli Stati in cui il fatto sia lecitamente avvenuto. I Paesi esteri, infatti, vedendo invasa la propria sfera di sovranità potrebbero non collaborare con il sistema giudiziario nazionale e, inoltre, sicuramente, non estraderebbero, se ancor presente sul territorio, il reo, in virtù dell'assenza della doppia incriminazione. Tali

¹⁶⁰ Riguardo l'ampia trattazione della valutazione di conformità al principio di proporzionalità si veda RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale.*, cit., 100 ss. . Inoltre in dottrina su tale bilanciamento si veda anche BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, in Cambridge University Press, New York, 2012, 245 ss.

possibili indici di sproporzione, dovendosi valutare la non assoluta irrazionalità del mezzo adottato dal legislatore per la tutela del bene giuridico protetto, pur integrando una non elevata idoneità dello stesso, non sono però sufficienti ad indicarne l'assoluta irrazionalità, data sia l'interpretazione in senso ampio attribuita alla fattispecie in esame dalla Corte Costituzionale nella sentenza 5198/2020 che ha implicato prevedibilità delle conseguenze penalmente rilevanti alla tenuta condotta; sia, sul piano processuale, la non necessità del principio della doppia incriminazione per la cooperazione investigativa tra gli Stati UE e la capacità dell'ordinamento italiano di possedere, autonomamente, prove a sufficienza riguardo la condotta che, seppur si è realizzata all'estero, è inevitabilmente stata preceduta da atti preparatori in Italia.

In ultimo, la valutazione della "necessarietà" dell'intervento penale, deve tradursi nella verifica che vi sia adozione dello strumento penalistico quale *extrema ratio*¹⁶¹ e in veste sussidiaria rispetto agli altri strumenti dissuasivi in possesso del legislatore. A tal proposito il nostro ordinamento tramite la giurisprudenza civile e costituzionale, già dettagliatamente esaminata in precedenza, si è orientato verso il divieto di trascrizione dell'atto di nascita legalmente formatosi all'estero, adottando un rimedio di natura civilistica volto a dissuadere l'emigrazione procreativa. Tale soluzione è però di dubbia efficacia per due ordini di ragioni, consistenti: la prima nell'avere, tale divieto, efficacia solo nei confronti della madre committente e non del padre biologico, e la seconda nel rendere comunque realizzabile il progetto familiare tramite l'istituto dell'adozione in casi particolari che permetterebbe alla madre committente di adottare il minore riconosciuto quale figlio del coniuge in quanto suo padre biologico.

Tuttavia, la reale questione che si pone riguardo la necessità dell'intervento penale riguarda anche la portata dello stesso. Infatti, nel nostro ordinamento giuridico il modo per estendere la potestà punitiva alle condotte di GPA poste in essere all'estero da cittadino italiano esisteva già *ex art. 9, co. 2*, necessitando però di alcune condizioni, già ampiamente analizzate, quali la presenza del reo nel territorio dello Stato e la richiesta del Ministro della giustizia.

¹⁶¹ Sul tema si veda D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata*, cit., 13 ss. e 33 ss.; TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 33 ss.

La scelta dell'esecutivo di non esercitare tale potere era, di per sé, segno della scarsa rilevanza attribuita al reato in esame e, ciò, insieme alla modesta pena prevista, lascia seri dubbi rispetto alla necessità di tale intervento.

L'ultima fase del giudizio di proporzionalità, anche detta sindacato di proporzionalità in senso stretto¹⁶², è un momento essenziale del giudizio discrezionale del giudice, in quanto riguarda, in questo contesto, la valutazione del bilanciamento tra l'interesse perseguito attraverso l'estensione dell'applicazione extraterritoriale della fattispecie di reato per la condotta del cittadino italiano e la conseguente compressione degli ulteriori diritti coinvolti e dei costi economici e sociali dell'incriminazione¹⁶³. Ciò dovrebbe consentire di approfondire di più la questione rispetto ai precedenti passaggi del giudizio di proporzionalità e di «garantire soluzioni ispirate a ideali di giustizia sostanziale»¹⁶⁴.

Assodata l'estendibilità della tutela della dignità umana al di fuori dei confini Statali, il nodo da sciogliere riguarda la proporzionalità dell'applicazione della sanzione penale alle condotte di surrogazione tenute nei Paesi che la consentono, disciplinandola dettagliatamente, prevedendo apposite strutture e personale competente, stabilendo la necessità di un controllo dell'Autorità pubblica ai fini del riconoscimento della genitorialità dei committenti, garantendo le parti coinvolte, assicurandosi della libertà del consenso effettuato dalla gestante e dell'assenza di un corrispettivo nei suoi confronti. In tale ipotesi la lesione alla dignità dei c.d. "soggetti vulnerabili" è da ritenersi profondamente ridotta se non addirittura esclusa, in quanto tutelata la donna nella sua libera autodeterminazione senza scopi lucrativi. La riforma normativa, prescindendo dalla doppia incriminazione, ma ancor di più dalla necessità della richiesta del Ministro della giustizia, esclude che l'esecutivo possa compiere una valutazione casistica¹⁶⁵ e considerare punibili solo le condotte svoltesi in luoghi che vietano la GPA o che non la regolamentano affatto o che, pur in presenza di una normativa, non tutelano

¹⁶² Cfr. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità*, cit., 381.

¹⁶³ Si veda RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 175.

¹⁶⁴ Così TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 36.

¹⁶⁵ In argomento RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *GiurCost*, 2018, 3, 529 s., «il vero è che non v'è modo di stabilire in astratto quando il diritto alla genitorialità possa farsi valere e quando si trovi invece costretto ad arrestarsi a fronte di altri beni o interessi meritevoli di prioritaria considerazione: sono piuttosto i casi della vita, nella loro complessiva connotazione, ad attrarre a sé la soluzione giusta».

adeguatamente la dignità della gestante, oppure nei casi in cui vi sia una regolamentazione adeguata e garantistica ma la pratica sia svolta in violazione della *lex loci*. Tale allargamento dell'ambito spaziale dell'applicazione del reato di maternità surrogata, in presenza di una non effettiva esigenza di tutela della dignità umana negli Stati che adeguatamente tutelano le parti coinvolte, intacca i diritti dei destinatari, dando esito, forse, ad una valutazione negativa in merito all'equilibrato bilanciamento.

A rafforzare le perplessità in merito alla proporzionalità dell'estensione extraterritoriale dell'incriminazione, si aggiunge un ulteriore elemento di criticità, ossia che la norma finisce per colpire, in via pressoché esclusiva, i soggetti che rivestono un ruolo secondario nell'economia della fattispecie tipica. Infatti, l'estensione della punibilità ai cittadini italiani che abbiano fatto ricorso alla GPA all'estero, non prende di mira i professionisti (medici, cliniche, intermediari), che rappresentano il nucleo strutturale e offensivo dell'illecito – in quanto gli stessi saranno molto probabilmente stranieri e pertanto non punibili –, ma i genitori committenti, cittadini italiani, il cui contributo, anche alla luce dell'interpretazione plurisoggettiva del reato, appare marginale rispetto al disvalore penale attribuito alla condotta di coloro i quali traggono un vantaggio economico dalla pratica.

Questa anomalia rende ancora più dubbia la proporzionalità dell'intervento penale: si estende l'applicazione della norma a soggetti la cui condotta, pur disapprovata, è meno incisiva nella lesione del bene giuridico della dignità umana.

L'estensione territoriale di applicazione della fattispecie determina la compressione sia del diritto alla salute dei soggetti che ricorrono alla GPA in presenza di problemi patologici che non consentono la procreazione, sia del diritto alla costituzione di un nucleo familiare con la presenza di figli¹⁶⁶. Diritti che sono stati riconosciuti dalla Corte costituzionale nella sentenza 162/2014, ma che sono riferibili solo alla PMA eterologa e non anche alla surrogazione di maternità che prevede una dissociazione tra maternità gestazionale e maternità sociale. Le pronunce giurisprudenziali in tal senso però non hanno mai riguardato un sindacato di proporzionalità in merito all'applicazione extraterritoriale della fattispecie, essendosi limitate ad affermare la supremazia del valore della dignità umana nel

¹⁶⁶ Così TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 37 ss.

bilanciamento con i diritti alla salute e alla costituzione di un nucleo familiare, solo a livello nazionale. Infatti, in seguito alla riforma il diritto alla salute subisce una più stringente limitazione data dall'impossibilità per il soggetto che sia affetto da patologie di accedere a soluzioni sanitarie legalmente riconosciute in quei Paesi che consentono la GPA. Ciò anche in possibile contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., in quanto potrebbe trattarsi di Stati UE per i quali è sancito il diritto di accesso ai servizi sanitari a tutti i cittadini europei¹⁶⁷.

Inoltre, anche l'interesse alla costituzione di un nucleo familiare dovrebbe essere garantito, seppur non necessariamente attraverso la liceizzazione della GPA o la trascrizione dell'atto di nascita legalmente formatosi all'estero, ma quantomeno, ex art. 31 Cost., dall'assenza di un divieto extraterritoriale che impedisca il perseguimento di tale aspirazione alla filiazione anche al di fuori del territorio nazionale.

In ultimo ad essere così colpito sarebbe *in primis* il benessere del minore¹⁶⁸, infatti l'applicazione di sanzioni penali ai genitori committenti dello stesso comporterebbe una riduzione sostanziale delle cure e del mantenimento che potrebbe a lui essere garantito, non solo in seguito alla carcerazione che potrebbe essere ovviata tramite la sospensione condizionale vista l'entità della pena, ma anche data la rilevanza pecuniaria della multa che comporterebbe una forte riduzione delle disponibilità economiche dei genitori d'intenzione. Inoltre, potrebbe subire i danni indiretti di un procedimento penale nei confronti dei suoi genitori di cui potrebbe sentirsi causa e conseguentemente patire danni psicologici derivanti dalla convinzione di essere il frutto di un'illegalità. Ancora, secondo parte della dottrina, l'imposizione extraterritoriale potrebbe generare il controproducente effetto di indurre i genitori recatisi all'estero a non richiedere, per evitare l'incriminazione, la trascrizione dell'atto di nascita con conseguenze dirette proprio

¹⁶⁷ Cfr. Direttiva UE, 09/03/2011, n. 24, in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/LSU/?uri=oj:JOL_2011_088_R_0045_01. In tema di accesso ai servizi sanitari all'estero, in particolare riguardo ai Paesi dell'UE, si veda PAPA, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *Federalismi*, 2018, 80 ss.

¹⁶⁸ In argomento LOSAPPIO, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, cit., 8; VALLINI, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 185.

sul bambino che resterebbe privo dei legami giuridici genitoriali almeno con uno dei due genitori¹⁶⁹.

In sostanza se il bilanciamento tra gli interessi in questione supera il vaglio della proporzionalità all'interno dei confini nazionali, la sua estensione extraterritoriale, comportando una minore lesione del bene giuridico che si voglia tutelare – garantita dalle maggiori tutele previste negli Stati stranieri che legalizzano la GPA – e aumentando, contestualmente, a contrario la compressione degli altri interessi in gioco, pone dinanzi a seri dubbi di proporzionalità, lasciando ritenere a parte della dottrina¹⁷⁰ che sarebbe stato meglio continuare ad applicare la disciplina genitoriale cui all'art. 9, co. 2, c.p.

L'analisi appena svolta sembra condurre a una potenziale dichiarazione di incostituzionalità della norma, ma perché la stessa possa dirsi conclusa non può che riprendersi quanto affermato nella fase iniziale della presente disamina. Infatti, il giudizio di proporzionalità, così come strutturato, non è scevro da critiche sostanziali. Innanzitutto non si riscontra un riferimento nella Costituzione allo stesso principio e vi è chi lo ha ridotto a mero giudizio utilitaristico del rapporto tra mezzi e fini nella valutazione dell'agire statale; ma soprattutto vi è chi ne mette in discussione le fondamenta sostenendo «l'incommensurabilità tra diversi principi, diritti, valori e interessi» e sostiene il rischio dell'eccessiva estensione di tale sindacato che potrebbe espandersi fino a incidere ed invadere le scelte del legislatore e le garanzie penalistiche e processualistiche costituzionalmente sancite¹⁷¹. In questo complesso e dibattuto contesto dottrinale, l'atteggiamento della Corte costituzionale non appare facilmente prevedibile. Negli ultimi anni, infatti, l'organo di giustizia costituzionale ha assunto una posizione di crescente deferenza nei confronti delle scelte del legislatore, evitando di interferire con la discrezionalità politica, soprattutto quando essa si esercita in ambiti delicati e fortemente controversi, come quello in esame, e preferendo piuttosto un intervento in cui invita

¹⁶⁹ Sul tema D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata*, cit., 14.

¹⁷⁰ In tal senso TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 41 s.

¹⁷¹ Tali critiche sono riportate da RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 105 ss.

il legislatore a esercitare il potere legislativo di sua spettanza¹⁷². Il timore di un'ingerenza giudiziaria nell'ambito riservato alle valutazioni politiche può tuttavia essere superato qualora emerga una manifesta irragionevolezza della norma, tale da renderla incompatibile con i principi costituzionali¹⁷³.

In tale prospettiva, l'eventuale scrutinio della Corte potrebbe fondarsi su una struttura argomentativa solida e coerente, volta a dimostrare che l'estensione extraterritoriale del reato di maternità surrogata, in presenza di regolamentazioni estere che tutelano adeguatamente i soggetti coinvolti, produce una compressione eccessiva dei diritti fondamentali senza una reale giustificazione in termini di tutela del bene giuridico della dignità. Tuttavia, è necessario riconoscere che una simile valutazione, per quanto giuridicamente sostenibile, implica un notevole grado di apprezzamento nel merito della scelta legislativa, rischiando di spingersi oltre i confini del sindacato di costituzionalità propriamente detto.

Pertanto, tornando alla norma oggetto di esame, e pur in presenza di fondati dubbi circa la proporzionalità della sua applicazione extraterritoriale, allo stato attuale risulta difficile ipotizzare un intervento attivo della Corte costituzionale volto a dichiararne l'illegittimità. L'assenza di un contrasto manifesto con il dettato costituzionale, unita alla prudenza mostrata dalla Corte nell'intervenire su materie fortemente controverse e socialmente sensibili, rende ad oggi meno probabile una sua pronuncia in tal senso.

5.3. La valutazione di conformità della legge n. 169/2024 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, per concludere tale percorso critico, merita di essere vagliata la compatibilità dell'intervento normativo recente, con la CEDU, attraverso la valutazione di adeguatezza del bilanciamento compiuto tra l'interesse perseguito dal legislatore italiano e la portata della compressione ai diritti in essa

¹⁷² Emblematica in tal senso la sentenza n. 33 del 2021, in cui la Corte costituzionale, dopo aver espresso il proprio orientamento, ha invitato il legislatore ad intervenire sul tema. In dottrina si vedano REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online*, 2020; RUOTOLO, *Discrezionalità legislativa e sindacato della Corte costituzionale*, Napoli, 2025.

¹⁷³ In questo senso si veda Corte Cost., 22/05/2025, n. 68, cit., in cui ha disciplinato il riconoscimento del minore nato legalmente da PMA eterologa all'estero, con una pronuncia fortemente incisiva in tema di PMA.

riconosciuti, che devono essere rispettati dagli Stati aderenti anche al di fuori del territorio nazionale¹⁷⁴.

Il controllo di conformità alla CEDU si articola lungo due direttrici principali: da un lato, la verifica del rispetto delle garanzie penali sancite dall'art. 7¹⁷⁵, dall'altro, l'esame della proporzionalità dell'interferenza realizzata sul diritto alla vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8¹⁷⁶. Entrambe le disposizioni risultano coinvolte data l'introduzione di una clausola di giurisdizione penale extraterritoriale che impone un divieto assoluto all'accesso alla maternità surrogata da parte del cittadino italiano, anche quando la condotta venga posta in essere all'estero nel rispetto della legge locale. Il nodo centrale è dunque se una simile estensione del divieto penale sia idonea a reggere il confronto con gli standard di tutela offerti dalla CEDU¹⁷⁷.

Sotto il profilo dell'art. 7 – pur assodata l'assenza della necessità del requisito della doppia incriminazione inteso quale corollario della legalità che, altrimenti, rischierebbe di mettere in crisi la tutela extraterritoriale di interessi primari dello Stato meritevoli di una protezione universale – il problema si lega essenzialmente alla precisione e alla prevedibilità della norma penale. Come già evidenziato, la l. n. 169/2024 non definisce in modo puntuale cosa debba intendersi per “maternità surrogata”, né precisa le condotte che integrano il concorso nella “realizzazione” della stessa e conseguentemente chi siano i soggetti potenzialmente punibili, lasciando ampi margini interpretativi al giudice che sono stati in parte risolti dall'interpretazione affermata con l'intervento della Consulta del 2020.

¹⁷⁴ Cfr. art. 1, CEDU, *Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, «Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo».

¹⁷⁵ Si veda art. 7, CEDU, *Nulla poena sine lege* «1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili»

¹⁷⁶ V. art. 8, CEDU, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

¹⁷⁷ In tema TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 44 ss.

Tale acclarata indeterminatezza normativa, se estesa nel suo ambito applicativo al di fuori dei confini nazionali, rischia di pregiudicare il requisito di certezza che l'art. 7 CEDU richiede alla norma penale, anche nella sua proiezione extraterritoriale. È necessario che la norma sia sufficientemente chiara da consentire al destinatario di prevedere, con ragionevole sicurezza, le conseguenze della propria condotta. La situazione appare ancora più problematica se si tiene conto della posizione del cittadino italiano stabilmente residente all'estero, il quale abbia agito in conformità alla legge locale e in buona fede, confidando nella liceità della condotta. Infatti, la giurisprudenza di Strasburgo, ai fini dell'assunzione di una prospettiva garantista il più possibile per gli individui, non fa a meno di tener conto dei limiti soggettivi della prevedibilità, che sussisterebbero per il cittadino italiano stabilmente residente all'estero che abbia agito ignorando la riforma o incorrendo in errore rispetto alla stessa, di per sé già dotata di opacità. In tale prospettiva, l'incertezza sulla configurazione del fatto tipico, acuita dalla sua attuazione in un contesto normativo straniero radicalmente differente, potrebbe compromettere la *foreseeability* dell'applicazione della norma penale, esponendo lo Stato italiano al rischio di una condanna per violazione dell'art. 7 CEDU¹⁷⁸.

In tal senso non può essere preso in considerazione invece, secondo parte della dottrina¹⁷⁹, il principio di offensività che non è riconosciuto quale diritto tutelato nella sua autonomia dalla CEDU, il quale, invece, può essere solo considerato quale elemento rilevante del più ampio giudizio di proporzionalità nel bilanciamento tra gli interessi tutelati e i controinteressi violati¹⁸⁰.

Non meno problematica appare, infatti, la valutazione di compatibilità all'art. 8 CEDU. Il diritto alla vita privata e familiare ricomprende anche la libertà della coppia di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita, e, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato¹⁸¹, si estende alle situazioni in cui almeno uno dei componenti della coppia detenga un legame

¹⁷⁸ In tema VALLINI, *La rana che voleva farsi bue*, cit., 169.

¹⁷⁹ In argomento TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 46.

¹⁸⁰ Cfr. DE VERO, PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, 24 ss.;

¹⁸¹ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 3/11/ 2011, n. 57813/00, *S.H. e altri c. Austria*.

genetico con il nascituro; pertanto, è suscettibile, nel diritto in esame, anche l'ipotesi di ricorso alla maternità surrogata.

Tale diritto può subire una limitazione da parte dell'autorità pubblica solo se prevista dalla legge e se necessaria ai fini della tutela della sicurezza nazionale, della sicurezza pubblica, del benessere economico del Paese, della difesa dell'ordine pubblico, della prevenzione dei reati, della protezione della salute o della morale e della protezione dei diritti e delle libertà altrui¹⁸².

Sul tema però va rammentato che le sentenze recenti della Corte EDU¹⁸³, vuoi riferendo all'assenza di legami con entrambi i committenti, vuoi riferendo alla possibilità di accedere all'adozione in casi particolari, hanno più volte "assolto" lo Stato italiano da questioni di compatibilità con l'art. 8 CEDU. Resta, pertanto, dubbia la valutazione che potrebbe essere svolta dalla Corte EDU alla luce dell'estensione extraterritoriale della fattispecie.

Ad ogni modo, sebbene il legislatore possa perseguire finalità astrattamente legittime – quali la tutela della dignità della donna o del minore – non pare che la misura introdotta dalla legge n. 169/2024 superi il test di proporzionalità, data l'assenza di un riflesso sulla comunità nazionale delle condotte tenute all'estero. In primo luogo, non sembra sussistere una compromissione degli interessi appena definiti che giustificerebbe una compressione del diritto alla vita privata e familiare. E in secondo luogo è assente un'«improcrastinabile esigenza sociale (*pressing social need*)»¹⁸⁴ che ammetta l'imposizione di limiti tanto rigidi all'autodeterminazione procreativa, soprattutto quando essa si realizza nel rispetto delle leggi di un altro ordinamento, ai danni di un soggetto straniero.

Tuttavia, per verificare se tale bilanciamento dia luogo a un esito negativo, bisogna chiedersi se tale scelta del legislatore, seppur apparentemente sproporzionata, rientri all'interno del margine di apprezzamento¹⁸⁵, inteso quale

¹⁸² Si veda TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 47.

¹⁸³ Si veda *supra*, cap. III, par. 2.2.

¹⁸⁴ Si veda LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 454.

¹⁸⁵ Per un approfondimento ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in ODENNINO, RUOZZI, VITERBO, COSTAMAGNA, MOLA, POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'Incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche*, 7ª ed., Torino, 2010, 8 ss.

spazio di discrezionalità, riconosciuto dalla Corte EDU agli Stati, ai fini della tutela di alcuni valori fondamentali della società. È riconosciuto, tale potere discrezionale, nei casi in cui siano coinvolte questioni morali¹⁸⁶ o vi sia un ampio disaccordo tra gli Stati nella disciplina della fattispecie¹⁸⁷. A sua volta dovrebbe essere limitato dal c.d. minimalismo morale, da intendersi qual controlimite al margine di apprezzamento che, se venisse altrimenti riconosciuto in modo assoluto, rischierebbe di lasciare agli Stati «un potere discrezionale fondato su un relativismo morale e culturale, già poco accettabile per le interferenze dello Stato sui diritti esercitati all'interno del suo stesso contesto territoriale e sociale»¹⁸⁸.

Al contrario, l'uniforme tendenza di molti Stati europei a non punire i cittadini che ricorrono alla maternità surrogata all'estero, in assenza di fini lucrativi e nel rispetto della dignità della gestante, lascia intravedere l'emergere di un consensus che limita il margine di apprezzamento statale. In tale prospettiva, l'interferenza italiana appare isolata e non conforme ai canoni convenzionali, in quanto la Corte ha riconosciuto in un caso¹⁸⁹ di valutazione di proporzionalità in merito al divieto di aborto, che il diritto alla vita privata e familiare fosse stato adeguatamente bilanciato proprio data l'assenza di una previsione di applicazione extraterritoriale della normativa. Pertanto, ciò costituirebbe dimostrazione del fatto che, *a contrario*, una previsione in tal senso finirebbe per intaccare la soglia minima di tutela dei diritti, seppur derogabili, previsti dalla CEDU. Proprio il riconoscimento della legittimità del turismo procreativo garantirebbe ai consociati il diritto alla vita privata e familiare esercitabile all'estero pur se in presenza di un divieto nazionale, considerato convenzionalmente compatibile all'art. 8 CEDU proprio perchè ovviabile all'estero¹⁹⁰.

In definitiva, la legge n. 169/2024 sembra collocarsi su un crinale particolarmente instabile rispetto alla compatibilità convenzionale.

¹⁸⁶ In tal senso PAVARANI, *art. 8*, in DEFILIPPI, BOSI, HARVEY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata ed annotata*, Napoli, 2006, 309.

¹⁸⁷ V. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 753 ss.

¹⁸⁸ In argomento TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 50.

¹⁸⁹ Si veda Corte EDU, Grande Camera, 16/12/2020, n. 25579/05, *A, B e C c. Irlanda*.

¹⁹⁰ Si veda TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità*, cit., 53.

L'indeterminatezza della fattispecie e l'estensione extraterritoriale della punibilità, unite all'assenza di una reale esigenza sociale a fondamento dell'interferenza, ne mettono in discussione la legittimità sotto entrambi i profili richiamati dagli articoli 7 e 8 della CEDU. In un contesto sovranazionale in cui il rispetto della legalità e dei diritti fondamentali costituisce il parametro minimo e inderogabile di ogni intervento repressivo, l'opzione adottata dal legislatore italiano rischia di esporre l'ordinamento a una censura, tanto sul piano interno quanto su quello europeo.

CONCLUSIONI

Il legislatore italiano ha mostrato, sin dai primi interventi in materia di procreazione medicalmente assistita, una marcata chiusura nei confronti dei modelli riproduttivi che si discostassero da quello naturale. Questa impostazione si è tradotta sia in forti limiti e stringenti divieti posti a presidio della PMA, come emerge dalla formulazione originaria della l. n. 40/2004, sia nel divieto assoluto e incondizionatamente applicabile extraterritorialmente della surrogazione di maternità.

Tale rigidità è stata parzialmente superata, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, grazie all'intervento della Corte costituzionale, che, nel rispondere al crescente fenomeno del turismo procreativo, conseguente ai principali divieti normativi imposti, ha compiuto un nuovo bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente rilevanti. Pur valorizzando le tecniche di PMA quali strumenti terapeutici residuali a fini procreativi, così come faceva la normativa originaria, la Corte ha riconosciuto la prevalenza del diritto alla salute della donna gestante su quello alla tutela dell'embrione, legittimando così la produzione di più di tre gameti e la crioconservazione degli stessi; e ha ampliato le possibilità di successo delle tecniche procreative in questione: sia consentendo alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche gravi l'accesso alla diagnosi preimpianto, sia ammettendo il ricorso alla PMA eterologa, quale strumento volto a garantire nuove possibilità alle coppie affette da infertilità e sterilità irreversibili di godere del proprio diritto alla procreazione.

Inoltre, anche riguardo al momento successivo alla pratica della PMA, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto imposto al genitore intenzionale di effettuare il riconoscimento del minore legalmente avuto all'estero attraverso PMA eterologa; mostrando, quindi, una chiara apertura verso le tecniche procreative alternative, soprattutto in nome dell'interesse del minore che non vede coinvolti controinteressi di rilevanza tale da giustificare la sua compressione.

Di fronte a tali evoluzioni giurisprudenziali essenzialmente modificative della legge n. 40/2004, il legislatore ha scelto di non intervenire, lasciando, la

risoluzione delle questioni dibattute e dei problemi che ne derivavano, al potere giudiziario.

Una scelta di segno opposto è stata, invece, adottata dal legiferante in materia di surrogazione di maternità. A differenza di quanto accaduto per la PMA in generale, dove si è assistito a un progressivo “allargamento delle maglie” della disciplina, in questo caso il legislatore, dinanzi all’analogo problema del turismo procreativo, è intervenuto in senso restrittivo, rafforzando il divieto già esistente attraverso la previsione della punibilità anche delle condotte realizzate all’estero da cittadini italiani.

L’approccio totalmente differente, appena descritto, è il frutto del disvalore intrinsecamente riconosciuto, dal legislatore e da gran parte della società, alla surrogazione di maternità, considerata quale pratica lesiva della dignità della gestante e del minore. Per questo motivo, a differenza di quanto accaduto con la PMA, non si è ritenuto opportuno procedere a una regolamentazione che ne consentisse una forma controllata, ma si è optato per un maggior rigore, estendendo il divieto oltre i confini nazionali. Il modo in cui, pertanto, il legislatore ha voluto disincentivare il ricorso all’estero alla GPA, non è stato quello di consentirne la pratica entro i confini nazionali, ma quello di vietarla al di fuori di essi.

Infatti, non è stato ritenuto sufficiente il divieto, giurisprudenzialmente affermato, di trascrivere l’atto di nascita legalmente redatto all’estero al fine di non riconoscere il rapporto di genitorialità tra il genitore di intenzione e il nato, ma si è ritenuto opportuno utilizzare lo strumento penale, per ampliare la sfera di applicabilità della norma incriminatrice.

Il presente intervento normativo pone rilevanti quesiti e questioni, la cui risposta non può dirsi definitiva, anche in ragione della recente entrata in vigore della nuova disciplina.

Infatti, se già la formulazione originaria della fattispecie cui all’art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 è caratterizzata da una certa indeterminatezza, l’estensione della sua applicazione a livello extraterritoriale aggrava i problemi interpretativi ad essa legati, specialmente nei confronti di quei cittadini che, stabilmente presenti all’estero, potrebbero legittimamente incorrere in incolpevole ignoranza in merito

al contenuto della legge penale italiana, appartenendo ad una base culturale radicalmente diversa e che addirittura consente la GPA.

Va rammentato che l'ordinamento giuridico italiano già consentiva, prima della riforma, la punibilità di condotte tenute all'estero da cittadini italiani per reati con una pena edittale nel minimo inferiore a tre anni, *ex art. 9, co. 2, c.p.*, al ricorrere di determinate condizioni: la presenza del reo nel territorio dello Stato, la sua mancata estradizione e la richiesta del Ministro di giustizia o la querela o istanza della persona offesa. L'intervento della legge n. 169/2024 ha inciso proprio su questo meccanismo, eliminando – ai fini dell'applicazione della legge penale italiana alle condotte di GPA tenute da cittadini all'estero – le suddette condizioni di procedibilità, attraverso la modifica dell'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004. In modo da rendere direttamente applicabile la legge italiana, a quelle condotte poste in essere all'estero, alle stesse condizioni previste dall'art. 7 c.p., ossia anche in assenza di tali condizioni e, soprattutto, senza che ricorra il requisito della doppia incriminazione.

Pur avendo precisato che la surrogazione di maternità non si configura come un "reato universale", in quanto non punibile se commessa da soggetti stranieri all'estero, la sua disciplina finisce comunque per avvicinarsi – sul piano dell'estensione spaziale della punibilità – a quella di fattispecie ben più gravi, lesive di interessi fondamentali dello Stato, di cui all'art. 7 c.p. In questo senso, il legislatore ha riconosciuto nella tutela della dignità della donna e del minore un valore tale da giustificare l'espansione della pretesa punitiva oltre i limiti ordinari.

Questa scelta comporta tuttavia gravi criticità, non solo sul piano della determinatezza normativa, ma anche rispetto ai principi costituzionali di offensività e proporzionalità. Rimangono infatti aperti i nodi relativi all'identificazione del bene giuridico tutelato e alla legittimità della sua protezione in chiave extraterritoriale, così come la ragionevolezza e la proporzionalità dell'intervento repressivo rispetto ai diritti potenzialmente incisi. Anche sul piano sovranazionale, il nuovo assetto normativo solleva non pochi dubbi di compatibilità con i principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Inoltre, come già evidenziato in apertura della trattazione, l'impiego dello strumento penale quale mezzo dissuasivo nei confronti della condotta in esame

implica necessariamente il rispetto di una serie di garanzie fondamentali. Il diritto penale, in quanto strumento di maggiore forza coercitiva nella disponibilità del legislatore, in grado di incidere direttamente sulla libertà personale dell'individuo, deve essere utilizzato solo in quanto *extrema ratio*, ovvero esclusivamente nei casi in cui non risultino praticabili strumenti alternativi di intervento, e sempre nel rispetto dei principi stabiliti dalla legge, dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali.

Alla luce di quanto ampiamente esposto nella trattazione, non sembra che tali garanzie siano state soddisfatte nel caso di specie, né che sussista l'effettiva necessità dello strumento penale. Pertanto, a fronte di queste questioni, che ancora devono porsi dinanzi ai giudici, la dottrina ha già iniziato a interrogarsi tentando di fornire delle risposte e ha espresso posizioni in larga parte critiche e dubbiose circa la reale legittimità ed efficacia della nuova clausola normativa.

In effetti, oltre ai profili appena descritti, anche l'effettiva applicazione della fattispecie non è foriera di perplessità. Per garantire la concreta incriminazione e punibilità dei soggetti coinvolti, è necessaria la collaborazione degli Stati in cui il reato è stato compiuto, i quali presumibilmente – adottando una legislazione sostanzialmente divergente e vedendo parzialmente invasa la propria sovranità – non collaboreranno né durante la fase investigativa, né durante quella processuale.

In definitiva, il legislatore, nel tentativo di affermare un determinato modello etico e antropologico fondato sulla tutela della dignità della persona, ha optato per un approccio repressivo che, tuttavia, rischia di entrare in tensione con i principi fondamentali del diritto penale e costituzionale, finendo per introdurre una norma che rischia di assumere una portata prevalentemente “simbolica”, priva di reale efficacia applicativa, sia a causa delle questioni di costituzionalità e legittimità rispetto alla CEDU che potrebbero porsi, sia data l'assenza di cooperazione internazionale in tal senso, che potrebbero rendere di fatto non punibile il reo.

In una prospettiva *de jure condendo*, il primo passo che il legislatore dovrebbe compiere consiste nella riformulazione della fattispecie di reato per accrescerne la precisione, volta a definire in modo puntuale quale sia la condotta penalmente rilevante – individuando il momento consumativo del reato e distinguendolo dagli atti preparatori e da quelli successivi – chi siano i soggetti

attivi del reato e quali limiti ne circoscrivano l'applicabilità, senza lasciare ulteriore spazio a dubbi interpretativi, soprattutto a seguito dell'estensione extraterritoriale della fattispecie, oggi prevista. Le questioni già presenti in relazione alla disciplina originaria rischiano, infatti, di ampliarsi e confliggere direttamente con i principi di precisione e determinatezza della norma penale, e la loro attuale portata applicativa non appare più sanabile tramite il solo intervento giurisprudenziale. Risulta, dunque, necessario un intervento normativo che consenta anche ai soggetti non stabilmente presenti sul territorio nazionale di conoscere con chiarezza i limiti e il contenuto della fattispecie incriminatrice.

In secondo luogo, pur nella consapevolezza che una tale riforma potrebbe non essere prossima, dato il recente intervento di segno contrario, si ritiene auspicabile che il legislatore – inserito in un contesto internazionale sempre più aperto a concezioni della famiglia e della riproduzione differenti da quelle tradizionali – possa in futuro riconsiderare l'incriminazione nella sua stessa essenza. Qualora si decidesse di conservare lo strumento penale quale mezzo dissuasivo rispetto alle condotte di GPA, sarebbe quantomeno opportuno operare una distinzione tra le ipotesi di surrogazione di maternità commerciale, che suscitano ampio dissenso in dottrina e in giurisprudenza, sia nazionale che sovranazionale, data la riprovevolezza delle condotte, soprattutto ove derivanti da condizioni di bisogno, in quanto fortemente lesive della dignità della gestante, e le ipotesi di gestazione per altri di natura altruistica, che se frutto di una scelta libera, consapevole e non condizionata da esigenze economiche, potrebbero rappresentare una manifestazione piena del diritto all'autodeterminazione della donna.

Una simile impostazione potrebbe costituire uno strumento più efficace per disincentivare il ricorso a pratiche transfrontaliere e a fenomeni di clandestinità, tutelando nel contempo tutti i soggetti coinvolti. Consentirebbe, infatti, a chi non dispone di alternative per accedere alla genitorialità, di stipulare un accordo con una madre surrogata in forma esclusivamente altruistica, regolato in modo trasparente e rigoroso dalla legge. In tal modo si garantirebbe una tutela effettiva sia per la gestante che per i genitori intenzionali, ampliando la sfera di autodeterminazione individuale senza sacrificare le necessarie garanzie, e realizzando un più equilibrato bilanciamento tra i diritti in gioco, evitando che la

protezione di alcuni comportamenti la compressione sproporzionata di altri. Tali interventi legislativi contribuirebbero, inoltre, a chiarire il reale bene giuridico oggetto di tutela, delimitando con maggiore precisione l'ambito di operatività della fattispecie penale e assicurando il rispetto dei principi di legalità, determinatezza, offensività e proporzionalità.

BIBLIOGRAFIA

AGOSTA, *Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. N. 151/2009)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009.

ALBAMONTE, *La formazione dell'atto di nascita nel delitto di alterazione di stato*, in *Giur. Pen.* 1975.

ALESSI, *Corte costituzionale – sentenza 161/2023: PMA, non è illegittima l'irrevocabilità del consenso oltre il momento della fecondazione dell'ovulo*, in *BioDiritto*, 2023.

ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in ODENNINO, RUOZZI, VITERBO, COSTAMAGNA, MOLA, POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'Incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche*, 7^a ed., Torino, 2010.

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE E LABORATORIO PERMANENTE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE, *La riforma dei delitti contro la persona Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023.

BAER, *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, in *UTLJ*, 2009, 59.

BALISTRERI, POLLO, *Storia della normativa sulla procreazione assistita in Italia*, in *Bioetica*, 2005, 3, 19 ss.

BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, in Cambridge University Press, New York, 2012.

BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione, nota a Cass. Sez. Un., 8.5.2019, n. 12193*, in *GenIUS*, 2019, 2, 19 ss.

BARNI, *Diritti-doveri: responsabilità del medico. Dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1999.

BAZZONI, *La nuova pronuncia delle Sezioni Unite sulla maternità surrogata (1/2023)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023.

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, 73, in *Opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1821, in *Internet Archive*.

BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006.

BESSON, *The Egalitarian Dimension of Human Rights*, in *ARSP*, 2013, 136.

BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, vol. n. II, 6^a ed., Milano, 2017.

BONANATA, *Maternità surrogata: tipologie, procedure e costi. La situazione nel mondo, tra divieti e permessi*, in *RaiNews*, 2024.

BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, Milano, 2018.

BOZZI, *Maternità surrogata, le ragioni del divieto e le proposte di regolamentazione: un cerchio che non si chiude*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, N° 16 bis, 3318.

BRUNO, CALZOLARETTI, FONDI, OLIVA, SCANU, *Nuove genitorialità: la gestazione per altri. Temi e problemi*, in *Richard e Piggie*, vol. n. XXIV, 2016, 3, 258.

BUSBY, VUN, *Revisiting the Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Motherhood*, in *Canadian Journal of Family Law*, 2010, 26, 13.

CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011;
GIUNTA, *La prostituzione: fra fatto e diritto*, in *Giust. pen.*, 2013, 7, 476;

CADOPPI, *Liberalismo e prostituzione*, in MANTOVANI, CURI, TORDINI CAGLI, TORRE, CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016.

CALOGERO, *L'itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 17 bis, 2022, 771.

CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, 2001.

CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Dir. pen. E proc.*, 2004, 4, 416.

CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale, Materiali per una discussione*, 2^a ed., Torino, 2014.

CANESTRARI, *Biodiritto (diritto penale)*, in *Enc. del dir.*, Annali, vol. n. VIII, Milano, 2015, 110.

CANESTRARI, CAPUTO, CORBO, COSTANZO, DI SALVO, DODARO, DOVERE, MAGRO, MONTAGNI, PAVICH, PIRAS, VALLINI, in PICCIALLI (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico e sanitario*, Milano, 2021.

CANTARELLA, *Marzia e la locatio ventris*, in RAFFAELLI (a cura di), *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma. Atti del Convegno di Pesaro*, 1994.

CAPULLI, *Gestazione per altri; corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, in *BioLawJournal*, 2021, 137.

CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1962, 973.

CARBONI, *Brevi note sul concetto di "azione" di cui al cpv. dell'art. 6 c.p. ed applicazioni in tema di bigamia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1965, 118.

CASINI M., CASINI C., *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita* in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2014, 2, 142

CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Archivio Penale*, 2017, 3.

CECCANTI, *Procreazione assistita: ci sono tre problemi di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2004.

CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2004.

CIANCIOLO, *La surrogazione di maternità ed il reato di alterazione di stato. Nota a Cass. pen., Sez. VI, Sent., 10 novembre 2020, n. 31409*, in *Osservatoriofamiglia.it*, 2020.

CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione Dignitas Personae su alcune questioni di bioetica*, 2008.

CONSORTE, *La disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale*, vol. n. VII, Torino, 2011.

CORBELLI, *La medicina riproduttiva: la procreazione medicalmente assistita*, in *treccani.it* contributo tratto da ECO, *Il Novecento, Storia della civiltà europea*, Milano, 2014.

CRISTIANO, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in *Rivista AIC*, 2018.

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

D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica, percorsi etici e giuridici*, 2^a ed., Torino, 2014.

D'AVACK, *Il potere sul corpo, limiti etici e giuridici*, Torino, 2015.

DANNA, «*It's not their pregnancy*». *L'aborto nei contratti di maternità surrogata statunitensi*, in *AGAboutGender, International Journal of Gender Studies*, 2014, 5, 147.

DE ANGELIS, *Mater semper certa erat*, in *Famiglia*, 2019, 1.

DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. n. I, Torino, 2004.

DE VERO, PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007.

DEAN, *Norme penali e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963.

DELLA TORRE, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Milano, 1997.

DICASTERO PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Dignitas infinita circa la dignità umana*, 2024.

DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009.

DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, in FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO (a cura di), *Itinerari di diritto penale*, Torino, 2006.

DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen. - Riv. web*, 2019, 1.

DI NINO, *Verso un diritto penale onnipresente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in *Sistema Penale*, 2024, 4, 93.

DOGLIOTTI, FIGONE, *Procreazione assistita. Fonti, orientamenti, linee di tendenza, Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, 2004.

DOLCINI, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Corr. merito*, 2007, 1425 ss.

DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008.

DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, vol. n. I, in RODOTÀ, ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, 1537.

DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello stato: da sempre un rapporto difficile*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013.

DOLCINI, *Il punto sulla procreazione medicalmente assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, in *Corr. mer.*, 2013, 1, 5.

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 *Notizie di Politeia*, 2014, 115.

DOLCINI, GATTA, *Codice penale commentato*, vol. n. I, 5^a ed., Milano, 2021.

DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 3, 917.

DURIGATO, *Gli attentati alla morale familiare nella previsione dell'art 565 c.p.*, in *IP*, 2005.

DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Milano, 2006.

FARAONI, *La maternità surrogata*, Milano, 2002.

FARRI, *Il divieto di surrogazione di maternità come reato universale. Profili giuridici*, in www.centrostudiliviatino.it, 2023.

FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 9^a ed., Bologna, 2024.

IORE C., IORE S., *Diritto penale*, Milano, 2023.

IORE, TOMASIELLO, ROBERTACCIO, LANZA, BONSIGNORE, *Maternità surrogata*, in MARTORANA (a cura di), *La Biblioteca del Giurista*, 1^a ed., Milano, 2023.

FINEMAN, *The sexual family*, in *Feminist and queer legal theory*, 2009.

FLAMIGNI, *Il libro della procreazione*, Milano, 1998.

FLAMIGNI, *Fecondazione assistita e momento del concepimento*, in CELOTTO, ZANON (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, 1^a ed., 2004.

FLAMIGNI, *Introduzione, Il biologo parla al giurista*, in DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008.

FLAMIGNI, *La procreazione assistita*, Bologna, 2011.

FLAMIGNI, BORINI, COTICCHIO, *Il parere della comunità scientifica internazionale sulla legge italiana sulla pma*, 2005, in www.carloflamigni.it.

FLAMIGNI, BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, Roma, 2012.

GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 753.

GALLO, *La legge penale*, Torino, 1967.

GALLO, *Appunti di diritto penale, la legge penale*, vol. n. I, Torino, 1999.

GARINI, *Identità e statuto ontologico dell'embrione umano*, in *centrobioetica*luigimigone.it, 2015.

GATTA, *Surrogazione di maternità come “reato universale”? A proposito di tre proposte di legge all'esame del parlamento*, in *Sistema Penale*, 2023, 3.

GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *Giudicedonna*, 2017, 1.

GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Questione giustizia*, 2019, 2, 74.

GRIMOLDI, *La psicologia della gestazione per altri. Perché si può non dire di no (a certe condizioni)*, in *AltraPsicologia.it*, 2023.

HACK, *Libera scienza in libero Stato*, Milano, 2010.

HART, *The Concept of Law*, 2^a ed , Oxford, 1994.

IADICICCO, «Cosa resta del padre?». A margine della decisione della Corte costituzionale sulla revoca del consenso alla PMA da parte dell'ex partner, in *BioLaw Journal –Rivista di BioDiritto*, 2024, 1, 249.

IANNELLI, *UK: prime linee-guida per l'Inghilterra e il Galles per la gestazione per altri emanate dal Department of Health and Social Care*, in *Biodiritto*, 2018.

INSARDÀ, *Fecondazione eterologa all'estero: nessun reato per la madre sociale che registra il certificato. Cassazione penale, sez. VI, sentenza 17/11/2016 n° 48696*, in *Atalex*, 2017.

JOHN STUART MILL, 'On Liberty', in ALAN RYAN, *On Liberty and the Subjection of Women*, Londra, 2006.

LANDO, *Legge 169/2024: Perseguibilità del reato di gestazione per altri*, in *BioDiritto*, 2024.

LEVI, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949.

LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Torino, 2017.

LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 454

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

MAGISTER, *E venne un uomo chiamato Embrione*, in www.chiesa.espressoonline.it, 2002.

MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, in FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO (a cura di), *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2005.

MANNA, *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il c.d. "paternalismo penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1637.

MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015.

MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra "il diritto alla prole" e "il diritto ai due genitori"*, in *Ind. Pen.*, 1990, 416.

MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2002.

MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *La legislazione penale*, vol. n. XXV, 2005, 3, 337.

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. n. VII, Torino, 1984.

MARANI, *Maternità surrogata all'estero: nessun reato*, in *Atalex*, 2016.

MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., Milano, 2001.

MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 1^a ed., Milano, 2022.

MASSI, *Sulla "surrogazione di maternità". Aspetti problematici del c.d. reato universale*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 4, 517.

MASTROIANNI IANNI, *La Surrogazione di maternità una questione controversa*, in *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*. A. VII, 2015, 1, 103.

MEDETTI, *Genitori con la valigia: il turismo procreativo continua a crescere. I dati, le mete, chi parte e perchè*, in *Repubblica*, 2023.

MICHELETTI, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Ann. Univ. Fer. - NS*, vol. n. XIII, Ferrara, 1999.

MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2009.

MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, 2013.

MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, 2014.

MUSIO, in STANZIONE, SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40*, Milano, 2004.

NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, 1053.

NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2017, 2, 56.

PADOVANI, *Codice penale*, tom. I, 7^a ed., Milano, 2019.

PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. Giur.*, vol. n. XXIII, 1973, 1055.

PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003.

PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 353.

PALMA, *Figli della Gpa la sentenza della Cedu non cambia nulla*, in *Public policy*, 2023.

PANNAIN, *Nozione di reato commesso nel territorio dello stato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1935, 208.

PAPA, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *Federalismi*, 2018.

PASCULLI, *Osservazioni in tema di extraterritorialità della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, 2023.

PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche controllo di ragionevolezza*, in *Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2015, 3, 25.

PAVARANI, *art. 8*, in DEFILIPPI, BOSI, HARVEY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata ed annotata*, Napoli, 2006, 309.

PELISSERO, BARTOLI, *Reati contro la fede pubblica*, Torino, 2011.

PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale. Osservazioni sui d.d.l. n. A.C. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2021, 2.

PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 183.

POGGI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014: Valutazioni biomediche, biogiuridiche e bioetiche sulla sentenza sulla liberalizzazione della fecondazione artificiale eterologa*, in *Bioetica News Torino*, 2016.

POLI, *Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la volontà non basta*, in *GenIUS*, 2020, 2.

POZZOLO, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, in *BioLaw Journal*, 2016, 2, 93.

PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, 4, 1364.

RAGONE, *Chasing the Blood Tie: Surrogate Mothers, Adoptive Mothers and Fathers*, in *American Ethnologist*, 1996, 23, 352.

RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, in DOLCINI, FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO, SGUBBI, (diretto da) *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2020.

REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online*, 2020.

RESTA, *The Comparative Law of Dignity: An Introduction*, in *RomaTreLRev*, 2019, 1.

RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire», Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, in FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO (a cura di), *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2008.

ROBERTSON, *Children of Choice. Freedom and the New Reproductive Technologies*, Princeton, 1994.

ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. n. I, 3^a ed., Milano, 2004.

RUGGERI., *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in PEZZINI (a cura di), *Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in *GenIUS*, 2017, 2, 60.

RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *GiurCost*, 2018, 3, 529.

RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte Cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta Online*, 2021, 1, 220.

RUGGERI, SALAZAR, *Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta Online*, 2017, 1, 137.

RUOTOLO, *Discrezionalità legislativa e sindacato della Corte costituzionale*, Napoli, 2025.

SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10, 1360.

SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita, Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004.

SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è una questione di natura*, Milano, 2012.

SARACENO, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *Giudicedonna*, 2017, 1, 5.

SARACENO, *«Dignità relazionale». Un concetto non solo giuridicamente complesso*, in *Questione Giustizia*, 2019, 2, 11.

SAVAGNONE, *La Chiesa contro la maternità surrogata: conservatorismo o difesa delle donne?*, in *Centro di orientamento pastorale*, 2014.

SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 5, 1097.

SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992.

SIGNORELLA, *Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili – sent. n. 12193/2019: maternità surrogata, negata la trascrizione alla sentenza straniera che riconosce la doppia paternità*, in *Biodiritto*, 2019.

SINISCALCO, *Locus commissi delicti*, in *Enc.dir.*, Milano, 1974.

STELLA, *L'alterazione di stato mediante falsità*, Milano, 1967.

STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e tutela delle vittime*, in STELLA (a cura di), *I temi della modernità*, 3^a ed., Milano, 2003.

SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 4, 1543.

TALINI, *Diritto all'impianto e revoca del consenso del padre. Nel "labirinto" della legge n. 40 del 2004*, in *Consulta Online*, 2023, 3, 895.

TEMAN, *Birthing a Mother: The Surrogate Body and Pregnant Self*, in *University of California Press*, 2010

TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino, 2019.

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. e proc. pen.*, 2021, 3, 1043.

TIGANO, *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona*, in *Archivio Penale*, 2022, 3.

TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, in *Leg. Pen.*, 2024.

TIGANO, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in *GenIUS*, 2024.

TODESCHINI, *La responsabilità medica*, Milano, 2023.

TOFFOLI, *Delitto di alterazione di stato civile di un minore nato da maternità surrogata all'estero*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 5.

TOMASI, *Corte di Cassazione - sez. I civ. - sent. 24001/14: maternità surrogata*, in *Biodiritto*, 2014.

TOMASI, *Corte costituzionale - sent. 272/2017: gestazione per altri, interesse del minore e certezza degli status*, in *Biodiritto*, 2017.

TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 7.

TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1973, 6.

TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 438.

TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 4, 1391.

TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *I diritti dei detenuti*, in *Costituzioanlismo.it*, 2015.

VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito, Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, in DOLCINI, FIANDACA, MUSCO, PADOVANI, PALAZZO, SGUBBI, (diretto da) *Itinerari di Diritto Penale*, Torino, 2015.

VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in *Enc. dir. – Annali IX*, Milano.

VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 7, 896.

VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, 221.

VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *GenIUS*, 2023, 2, 159.

VASANTI JADVA, *Surrogacy: The Experiences of Surrogate Mothers*, in *Human Reproduction*, 2003, 18, 2196.

VASSALLO, *Figlio nato da due madri all'estero? Sì al riconoscimento in Italia*, in *Altalex*, 2016.

VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

VIOLINI, *La Corte e l'eterologa, i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Rivista Associazione italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio costituzionale*, 2015.

WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli?*, Torino, 2004.

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

NORMATIVA

Costituzione della Repubblica italiana, 01/01/1948.

R.D. n. 1398 del 1930, Codice penale.

R.D. n. 1443 del 1940, Codice di procedura civile.

R.D. n. 262 del 1942, Codice civile.

l. n. 194 del 1978.

l. n. 184 del 1983.

l. n. 218 del 1995.

l. n. 40 del 2004.

l. n. 169 del 2024.

d.lgs. n. 71 del 2011

d.P.R. n. 369 del 2000.

d.P.R. n. 396 del 2000.

d.m. del 21/07/2004.

d.m. del 01/07/2015.

Codice di deontologia medica del 03/10/1998.

Proposta di legge Santosuosso, 1984.

Proposta di legge Busnelli, 1995.

Proposta di legge Candiani e altri, C 342, Lega, 14/10/2022, in *Camera dei deputati*.

Proposta di legge Varchi e altri, C 887, Fdl, 14/02/2023, in *Camera dei deputati*.

Proposta di legge Lupi e altri, C 1026, Noi moderati, 21/03/2023, in *Camera dei deputati*.

Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40, art. 15), 2006, in *www.governo.it*.

Ciroclare “Degan”, emanata dal Ministro della sanità, 1985.

Convenzione europea dei diritti dell’uomo, CEDU, 04/11/1950.

Convenzione sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, Convenzione di Oviedo, 04/04/1997.

Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo.

Report of the Committee of Inquiry into Human fertilisation and Embriology, 31/12/1984.

Principi sui progressi delle scienze biomediche, Consiglio d'Europa, 1989.

Surrogacy Arrangements Act, 16/07/1985.

Assembly Bill 1217, 2012.

Department of Health and Social Care, linee-guida per l'Inghilterra e il Galles per la gestazione per altri, 28/02/2018.

NOMOΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 3089 ΦΕΚ Α 327/23.12.2002 (l. n. 3089, Gazzetta ufficiale Α 327/23.12.2002), in *Kodiko*.

NOMOΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 3305 ΦΕΚ Α' 17/27.1.2005, (l. n. 3305, Gazzetta ufficiale Α 17/27.1.2005), in *Kodiko*.

NOMOΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 4272 ΦΕΚ Α 145/11.7.2014, (l. n. 270, Gazzetta ufficiale Α 145/11.7.2014), in *Kodiko*.

Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG), 02/07/1976, in *Gesetze im Internet*.

Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz), 13/12/1990, in *Gesetze im Internet*.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 01/01/1990, in *Gesetze im Internet*.

l. n. 653 del 1994, in *Légifrance*.

l. n. 654 del 1994, in *Légifrance*.

l. n. 800 del 2004, in *Légifrance*.

l. n. 814 del 2011, in *Légifrance*.

l. n. 1017 del 2021, in *Légifrance*.

Code de la santé publique, in *Légifrance*.

Ley n. 35 del 1988, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estad*.

Ley n. 13 del 2005, in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estad*.

Ley n. 14 del 2006, (LTRHA), in *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estad*.

Сімейний кодекс України, Codice della famiglia dell'ucraina, l. n. 2947-III del 10/01/2002, in *Verkhovna Rada dell'Ucraina (ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ)*.

Цивільний кодекс України, Codice civile dell'Ucraina, l. n. 1822-VI del 21/01/2010, in *Verkhovna Rada dell'Ucraina. (ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ)*.

Decreto del Ministro della Salute ucraino del 09/09/2013 n. 787, in *<http://www.successful-parents.com/it/main/legislation>*.

Положення про Міністерство охорони здоров'я України, Regolamento del Ministro della salute Ucraino, 13/04/2011, n. 467, in *Verkhovna Rada dell'Ucraina*. (ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ).

Illinois Gestational Surrogacy Act, 750 ILCS 47/5, in *www.ilga.gov*.

Family Code, FAM, 1992, in *California Legislative Information*.

GIURISPRUDENZA

Corte EDU, Grande Camera, 3/11/ 2011, n. 57813/00, *S.H. e altri c. Austria*.
Corte EDU, 26/06/2014, n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*.
Corte EDU, 26/06/2014, n. 65941/11, *Labasse c. Francia*.
Corte EDU, Grande Camera, 24/01/2017, n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *HUDOC*.
Corte EDU, Grande Camera, 16/12/2020, n. 25579/05, *A, B e C c. Irlanda*.
Corte EDU, 30/05/2023, n. 10810/20, *Bonzano e altri c. Italia*.
Corte Cost., 18/02/1975, n. 27, in *Giur. Cost.*, 1975.
Corte Cost., 24/03/1988, n. 364, in *cortecostituzionale.it*.
Corte Cost., 26/06/2002, n. 282, in *Giur. Cost.*, 2002.
Corte Cost., 08/05/2009, n. 151, in *cortecosituzionale.it*.
Corte Cost., ord. 14/06/2012, n. 151, in *cortecostituzionale.it*.
Corte Cost., 10/06/2014, n. 162, in *cortecostituzionale.it*.
Corte Cost., 05/06/2015, n. 96, in *cortecostituzionale.it*.
Corte Cost., 18/12/2017, n. 272, in *cortecostituzionale.it*.
Corte Cost., 09/03/2021, n. 33, in *cortecostituzionale.it*.
Corte Cost., 24/07/2023, n. 161, in *cortecostituzionale.it*.
Corte Cost., 22/05/2025, n. 68, in *cortecostituzionale.it*.
Cass. pen., Sez. I, 14/09/2015, n. 43696, in *DeJure*.
Cass. pen., Sez. VI, 17/11/2016, n. 48696, in *DeJure*.
Cass. pen., Sez. I, 08/05/2018, n. 24975, in *DeJure*.
Cass. pen., Sez. III, 28/10/2020, n. 5198, in *DeJure*.
Cass. pen., Sez. V, 10/03/2016, n. 13525, in *DeJure*.
Cass. civ., Sez. I, 11/11/2014, n. 24001, in *DeJure*.
Cass. civ., Sez. I, 30/09/2016, n. 19599, in *DeJure*.
Cass. civ., Sez. Un., 08/05/2019, n. 12193, in *DeJure*.
Cass. civ., Sez. Un., 30/12/2022, n. 38162, in *DeJure*.
Cass. civ., Sez. I, ord. 21/09/2023, n. 26967, in *DeJure*.
Cass. civ., Sez. I, ord. 03/01/2024, n. 85, in *DeJure*.
Cass. civ., Sez. I, ord. 18/03/2024, n. 7228, in *DeJure*.

Corte d'App. Milano, ord. 25/7/2016, n. 273, in *Gazzetta Ufficiale*, 2017

Corte d'App. Messina, 18/07/2016, in *Articolo29*.

Trib. Monza, 27/10/1989, in *Il Foro Italiano*, 1990.

Trib. Roma, sez. XI, 14/02/2000, in *Il Foro Italiano*, 2000.

Trib. Cagliari, 22/09/2007, n. 3336, in *Corr. mer.*, 2008.

Trib. Firenze, ord. 17/12/2007, in <https://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2012/07/Tribunale-di-Firenze-sentenza-17.12.2007-fecondazine-assisitata.pdf>.

Trib. Bari, 13/02/2009, in *Giurisprudenza di merito*, 2010.

Trib. Milano, ord. 02/02/2011, in *Gazzetta Ufficiale*.

Trib. Forlì, 25/10/2011, in *Riv. dir. fam. e pers.*, 2013

Trib. Firenze, ord. 29/03/2013, in *Gazzetta Ufficiale*.

Trib. Milano, ord. 08/04/2013, in *Gazzetta Ufficiale*.

Trib. Catania, ord 13/04/2013, in *Gazzetta Ufficiale*.

Trib. Brescia, 26/11/2013, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

Trib. Milano, 08/04/2014, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

Trib. Milano, 14/04/2014, in *Dir. pent. cont.*, 2014.

Trib. Varese, 08/10/2014 in *Dir, pen. cont.*

Trib. Pisa, 01/04/2015, n. 687115, in *Riv. It. Med. Leg.*

Corte Permanente di Giustizia Internazionale, CPJI, 7/09/1927, Serie A, n. 10, *Lotus*, in https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.

Corte Suprema degli Stati Uniti, *Younger v. Harris*, 25/02/1971, 401 U.S. 37.

Corte suprema della California, *Jhonson v. Calvert*, 20/05/1993, 5 Cal4th 84.

Corte distrettuale degli Stati Uniti per il distretto della California, *Cook v. Harding*, 06/06/2016, 190 F Supp. 3d 921.