

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

4/2024

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scarioina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Tommaso Trincherà.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

VERSO UN DIRITTO PENALE ONNIPRESENTE? IL CONTROVERSO CASO DELLA MATERNITÀ SURROGATA ALL'ESTERO (*)

di Alessio Di Nino

In tempi recenti, l'ipertrofia penalistica assume un'inedita veste: l'estensione dell'ambito spaziale di validità della lex criminalis oltre i confini nazionali. In questo solco si inseriscono alcuni disegni di legge volti a rendere la maternità surrogata reato universale, con l'obiettivo di superare la controversa questione relativa alla doppia incriminazione come condizione per l'applicazione della legge penale italiana a pratiche commesse all'estero.

A ben vedere, i moti di riforma si sarebbero dovuti orientare primariamente su altri versanti, colmando le lacune sul piano della tipicità e dell'esatta individuazione del momento consumativo che sembrano affliggere il delitto in parola. Proprio per questa ragione, il contributo indaga alcune prospettive de iure condendo di varia natura, da una possibile ricollocazione codicistica della maternità surrogata che consenta una più puntuale riflessione sul bene giuridico tutelato, ad una radicale rimodellazione della fattispecie in chiave sostanzialmente demolitiva, tale da ricomprendervi le sole ipotesi costrittive e di sfruttamento. Si avanza poi una soluzione più "morigerata", tesa ad una puntuale definizione delle condotte tipiche contemplate dall'art. 12 c. 6 legge n. 40/2004 e ad una diversificazione della dosimetria sanzionatoria sulla base dei soggetti attivi coinvolti (clinica, personale medico, coppia committente e madre surrogata).

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il reato ex art. 12 c. 6 legge n. 40/2004: l'individuazione delle tecniche di maternità surrogata penalmente rilevanti. – 2.1. Alla ricerca di una tipicità perduta (o forse mai esistita). – 2.2. Il momento di consumazione del reato. – 2.3. Prospettive de iure condendo: ricollocazione sistematica, indagine sul bene giuridico e una radicale rimodellazione della fattispecie in chiave sostanzialmente demolitiva. – 2.3.1. Una proposta alternativa più soft: ri-tipizzazione del reato di maternità surrogata. – 2.4. Locus commissi delicti e ambito spaziale di applicazione della fattispecie: la vexata quaestio della doppia incriminazione. – 3. Le proposte di legge tese ad una universalizzazione del reato di maternità surrogata e il critico scetticismo dottrinario sul punto. – 4. Osservazioni conclusive: meglio lasciare l'ubiquità ai Santi per una piena valorizzazione del ben più efficace strumento cooperativo.

(*) Il contributo costituisce la rielaborazione, riveduta, ampliata e corredata di note, dell'intervento tenuto il 14 ottobre 2023 presso l'Università Bocconi di Milano nell'ambito della IV Conferenza annuale ICON-S Italian Chapter dedicato a "Politica e istituzioni tra trasformazioni e riforme" (sessione V, panel "Temi attuali del diritto penale italiano").

1. Premessa.

In tempi più o meno recenti si assiste ad una tendente ipertrofia del diritto penale¹, che, per il suo alto grado di incisività, pare essere divenuto lo strumento preferito dal legislatore per fronteggiare ogni fenomeno che ritiene necessario contrastare con particolare fermezza. La questione non riguarda solo l'introduzione di nuove fattispecie di reato o l'ampliamento della portata di quelle esistenti, ma anche l'estensione dell'ambito spaziale di validità della legge penale oltre i confini dello Stato.

Si inseriscono in quest'ultimo solco le proposte di riforma, recentemente discusse presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati, volte ad "elevare" il delitto di maternità surrogata *ex art. 12 c. 6 l. 40/2004* a reato universale. Ragioni di coerenza sistematica impongono, in via propedeutica rispetto all'analisi dei progetti di legge in questione, qualche riflessione in ordine alla criminalizzazione di questa pratica medica e, più nel dettaglio, alla fattispecie di cui all'art. 12 c. 6 l. 40/2004, senza rinunciare a qualche proposta *de iure condendo* atta ad arginare le criticità di questo delitto. Solo eliminando i margini di indeterminatezza che caratterizzano la norma, infatti, è possibile ipotizzarne l'estensione fuori dai confini nazionali.

2. Il reato *ex art. 12 c. 6 legge n. 40/2004*: l'individuazione delle tecniche di maternità surrogata penalmente rilevanti.

La maternità surrogata si caratterizza per due fondamentali elementi costitutivi² concomitanti:

A) la sussistenza di un accordo stipulato prima dell'inizio della gestazione (dunque, avente carattere preventivo) tra madre surrogata e committente (coppia eterosessuale, omosessuale o *single*, uomo o donna) in virtù del quale quest'ultimo si prenderà cura del nascituro, rivestendo il ruolo genitoriale nei registri anagrafici;

B) la realizzazione di una dissociazione tra maternità e gestazione, ossia l'uso di qualunque tecnica di procreazione medicalmente assistita che determini una fecondazione artificiale (in vivo o in vitro) e non per via naturale (ad esempio tramite un rapporto sessuale tra la madre surrogata e il marito della coppia committente)³, essendo

¹ La questione è stata oggetto di studio da parte di attenta dottrina, tra cui SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.

² In dottrina, identifica tali fenotipi caratterizzanti la maternità surrogata TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana cit.*, § 2.1, p. 1401.

³ Sostengono una simile posizione TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, §2.1, pp. 1398-1399, che individua altresì le alternative sanzionatorie alla maternità surrogata naturale; VALLINI A., *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. proc.*, 2017, p. 902; SPENA A., *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, § 1.1, pp. 1543; VALLINI A., *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, pp. 144-145. Di parere opposto DOVA M., *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 931 che ritiene applicabile l'art. 12 c. 6 L. 40/2004 a tutte le forme di maternità surrogata, anche se naturali.

a tal fine irrilevante sia il carattere oneroso o gratuito dell'accordo, sia la sussistenza di un legame genetico tra madre surrogata e nascituro⁴.

2.1. *Alla ricerca di una tipicità perduta (o forse mai esistita).*

La fattispecie in parola individua tre condotte penalmente rilevanti, che vengono tuttavia menzionate senza alcuna specificazione:

1) la realizzazione, sulla portata della quale non sussiste uniformità di vedute:

A) secondo alcuni Autori⁵, infatti, integra il divieto di maternità surrogata la semplice attivazione del protocollo sanitario (fecondazione in vitro e successivo impianto degli ovuli così fecondati nell'utero);

B) secondo altri⁶, invece, l'intervento medico è condizione necessaria ma non sufficiente per la configurazione della maternità surrogata, essendo a tal fine necessari due ulteriori elementi:

I) l'accordo tra la coppia e la madre surrogata circa l'impianto degli ovuli fecondati e la successiva gravidanza;

II) la consegna del neonato da parte della madre surrogata alla madre/coppia committente.

A nostro avviso, il secondo orientamento appare maggiormente condivisibile, nella misura in cui, come si è evidenziato nel precedente paragrafo, la maternità surrogata si fonda su una doppia sostituzione: in un primo tempo la madre surrogata porta avanti la gravidanza per conto di un'altra donna, subentrando così a quest'ultima nel ruolo di gestante. In un secondo momento, al termine della gravidanza, sarà la madre committente ad avvicinarsi a quella surrogata nel ruolo e nelle responsabilità materne. A ben vedere, si tratta di due facce della stessa medaglia: se viene meno anche solo una delle due sostituzioni, non si avrà più alcuna forma di maternità surrogata.

2) L'organizzazione, da intendersi come attività di supporto logistico e gestionale, nonché fornitura di mezzi, materiali, strutture e risorse umane funzionali a consentire l'esecuzione della maternità surrogata⁷. In questo modo, pare potersi sanzionare nel ruolo di organizzatore colui che svolge l'attività di intermediazione tra la coppia e la madre surrogata o che attua una sorta di "reclutamento" di donne disposte

⁴ Si fa portavoce di una simile posizione, condivisibile a parere di chi scrive, TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana* cit., §2.1, p. 1399. Per onestà intellettuale, però, si deve dare conto del fatto che la questione non è pacifica: alcuni Autori, infatti, ritengono che il reato in questione vada escluso quando la madre surrogata viene fecondata con embrioni ottenuti da ovuli non suoi (provenienti o dalla madre committente o da una terza donna donatrice). Sul punto VALLINI A., *Illecito concepimento* cit., p. 153

⁵ DOLCINI E., *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, pp. 81-82; VALLINI A., *Illecito concepimento* cit., pp. 144-145

⁶ SPENA A., *Una storia semplice?* cit., § 1.1.1, p. 1543 che, ad avvallo della propria tesi, adduce altresì l'appiglio testuale costituito dall'espressione "in qualsiasi forma".

⁷ In tal senso TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana* cit., p. 1403; VALLINI A., *Illecito concepimento* cit., p. 146.

ad affittare il proprio utero o, ancora, che procura il materiale genetico necessario per la fecondazione.

Al contrario, si debbono escludere dall'ambito di applicazione del divieto i contatti preventivi (magari telefonici) della coppia con una clinica specializzata o l'organizzazione di una trasferta "esplorativa" nel luogo di effettuazione della pratica surrogatoria, prima che sia stato concluso un accordo con la madre surrogata. Ragionando diversamente, si violerebbe da un lato il principio di offensività, anticipando troppo l'area del penalmente rilevante, dall'altro il principio di uguaglianza, con una illogica equiparazione tra le coppie che hanno effettivamente usufruito della pratica e quelle che si sono limitate ad instaurare contatti preventivi⁸.

3) La pubblicizzazione, consistente in un'attività divulgativa⁹ volta a far conoscere la pratica della maternità surrogata ad una platea potenzialmente indeterminata di persone. Con tutta evidenza, un simile divieto è stato pensato dal legislatore non tanto per la coppia committente o per la madre surrogata, quanto piuttosto per i responsabili dei centri medici che reclamizzano la loro attività.

2.2. Il momento di consumazione del reato.

Le differenti teorie circa l'esatta individuazione della condotta incriminata dall'art. 12 c. 6 della L. 40/2004 influiscono anche sul momento di consumazione del reato in questione:

1) coloro che ritengono sufficiente il solo intervento medico, infatti, concluderanno che il delitto si realizza con l'inizio della gravidanza, dopo l'esecuzione della pratica medica;

2) al contrario, quanti reputano necessaria anche la doppia sostituzione saranno portati ad operare un'ulteriore distinzione.

A) Nei Paesi in cui la maternità surrogata è vietata (come in Italia) o in quelli che la ammettono ma ne fanno decorrere gli effetti dalla consegna del neonato (come la Russia), la fattispecie incriminatrice è integrata con il passaggio di consegne tra la madre surrogata e la donna che ha "commissionato" la gravidanza, ossia con la materiale apprensione dell'infante da parte di quest'ultima.

B) Negli Stati in cui la pratica della maternità surrogata è ammessa e in cui la madre committente acquisisce diritti e doveri sul feto già al momento del suo concepimento (prerogative che, specularmente, vengono sottratte alla madre surrogata

⁸ Si tratterebbe di un esito assurdo ma inevitabile, nella misura in cui il legislatore non ha differenziato il trattamento sanzionatorio tra chi realizza la pratica e chi la organizza. Di conseguenza, come sottolineato da acuta dottrina, realizzazione e organizzazione si pongono su un piano di omogeneità e non di progressione nell'offesa. Sul punto TRINCHEA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana* cit., p. 1404.

⁹ Propone una simile specificazione (seppur riferita alla commercializzazione di gameti ed embrioni) LOSAPPIO G., *Sub art. 12–L. 19 febbraio 2004, n. 40*, in PALAZZO F.C., PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2^a ed., 2007, p. 2062.

e alla donatrice di ovuli già durante la gravidanza), il reato si consuma sin dal momento del concepimento.

La diversificazione del momento di consumazione del reato rappresenta un ulteriore effetto collaterale dell'eccessiva vaghezza della norma. Infatti, avendo il legislatore rinunciato a definire il concetto di maternità surrogata contemplato dalla norma incriminatrice, quest'ultimo viene mutuato dalla definizione normativa dei suoi effetti giuridici che variano significativamente da Stato a Stato.

2.3. Prospettive de iure condendo: ricollocazione sistematica, indagine sul bene giuridico e una radicale rimodellazione della fattispecie in chiave sostanzialmente demolitiva.

Un primo intervento, realizzabile senza eccessiva difficoltà, consiste nell'introduzione di tale fattispecie delittuosa e delle altre contenute nella legge sulla procreazione medicalmente assistita all'interno del codice penale¹⁰. Una simile operazione sarebbe utile non solo per ragioni di chiarezza sistematica, che già in passato hanno indotto il legislatore a formulare una riserva di codice¹¹, ma anche per una più agevole individuazione del bene giuridico tutelato attraverso il reato di surrogazione di maternità.

In effetti, quest'ultimo appare tema assai controverso in dottrina, ove non si è approdati ad una ricostruzione unitaria: secondo alcuni Autori¹², infatti, la fattispecie è funzionale a garantire "l'unitarietà delle figure genitoriali", in particolare quella materna, mentre per altri¹³ il bene giuridico è ravvisabile nella dignità umana, declinata in modo vario come tutela della donna oppure del nascituro da eventuali danni psichici ed esistenziali¹⁴. Questo secondo orientamento ha suscitato condivisibili critiche, in larga parte imperniate sull'evanescenza e genericità del concetto di dignità umana, che

¹⁰ In generale, per una riflessione approfondita e aggiornata sulla L. n. 40 del 2004 cfr. CANESTRARI S., *Principi di biodiritto penale*, 2ª ed., Bologna, 2023, pp. 27-29 e, con particolare riguardo alla posizione dell'Autore circa la sanzionabilità penale delle tecniche di maternità surrogata (che andrebbe riservata alle forme onerose ed esclusa per quelle solidaristiche), p. 41.

¹¹ In tema LOSAPPIO G., *Riserva di codice penale. La ri-codificazione che decodifica* (codex reloaded), in PIERGALLINI C. – MANNOZZI G. – SOTIS C. – PERINI C. – SCOLETTA M. – CONSULICH F., *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2023, p. 1803 e ss.; BERNARDI S., [Il nuovo principio della riserva di codice e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa](#), in *Dir. pen. cont.*, 4, 2018, p. 127 e ss.; BORGOGNO R., *La "riserva di codice" e le altre modifiche al codice penale introdotte con il D.lgs. 1° marzo 2018, n. 21*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 211 e ss.; CISTERNA A., *Appunti in materia di "riserva di codice", legislazione speciale ed azione penale nello Stato di diritto*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 229 e ss.

¹² DOLCINI E., *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in CANESTRARI S., ZATTI P., RODOTA' S. (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da RODOTA' S. – ZATTI S., Milano, 2011, II, p. 1552.

¹³ DOVA M., *Maternità surrogata* cit., p. 928; MANTOVANI F., *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 3.

¹⁴ Probabilmente la soluzione preferibile consiste nel ritenere il reato di maternità surrogata come fattispecie plurioffensiva in una duplice accezione: entrambi i beni giuridici sono tutelati da questo delitto ed esclusivamente la loro combinazione sinergica permette l'utilizzo dello strumento penalistico. In altri termini, l'univocità della maternità e l'evanescente tutela della dignità della donna non sono singolarmente sufficienti a giustificare la previsione di un reato.

presenta una forte connotazione emotiva, idonea a giustificare scelte incriminatrici non sorrette da beni giuridici più specifici¹⁵. Senza poi contare che l'individuazione della persona offesa e dell'oggetto di tutela nel nascento frutto della pratica medica vietata appare, a parere di chi scrive, difficilmente sostenibile, non solo perché il danno esistenziale ha carattere meramente potenziale e non è affatto acclarato in sede scientifica¹⁶, ma anche (e soprattutto) perché, senza la surrogazione di maternità, quel bambino non sarebbe nato. Insomma, si garantirebbe un diritto a non nascere che non trova alcun riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico¹⁷.

Allo stato dell'arte, dunque, parrebbe possibile far rifluire il reato di maternità surrogata all'interno del Capo I *bis* (Delitti contro la maternità) del Titolo XII (Delitti contro la persona), Libro II del codice penale oppure, in subordine, in un Capo appositamente creato all'interno del Titolo XI, dedicato ai delitti contro la famiglia. In questa seconda ipotesi, la fattispecie mirerebbe a tutelare la famiglia, intesa secondo un'innovativa accezione ampia, tale da ricomprendervi la protezione delle modalità tradizionali attraverso cui si forma la prole, che garantisce l'ampliamento e la prosecuzione del nucleo familiare. In alternativa, si potrebbe altresì creare un apposito Capo all'interno del Titolo XII dedicato ai Delitti contro la bioetica o il biodiritto, al cui interno potrebbero confluire anche altre ipotesi delittuose contemplate dalla L. 40/2004, *in primis* la clonazione.

Per ciò che concerne la riscrittura del reato di maternità surrogata, invece, una prima e più incisiva soluzione potrebbe consistere in una riduzione dell'area del penalmente rilevante: ragionando in questo modo, si farebbe rientrare nell'ambito applicativo della norma incriminatrice la sola condotta di costrizione e sfruttamento¹⁸ a

¹⁵ In questo senso FIANDACA G., *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, p. 343; MANNA A., *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il c.d. "paternalismo penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1640; VALLINI A., *Illecito concepimento cit.*, 148 ss.

¹⁶ Sul punto si vedano le ricerche riportate in GOLOMBOK S., *Famiglie moderne: genitori e figli nelle nuove forme di famiglia*, Milano, 2016, citato, sul punto, da Vallini A., *La schiava di Abramo cit.*, p. 904.

¹⁷ La questione è stata affrontata più compiutamente in sede civilistica con riferimento alla risarcibilità del c.d. danno da procreazione: sul punto, la stessa giurisprudenza si è divisa, in alcuni casi riconoscendo una simile figura, in altri ripudiandola. Nel primo senso, Cass. civ., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754; nel secondo, Cass. civ., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123; Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741. Il contrasto giurisprudenziale è stato sopito solamente con una pronuncia delle Sezioni Unite del 2015, ove si è esclusa la postulabilità di un diritto alla non-nascita. In tal senso, Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767.

¹⁸ Contro una simile soluzione, si potrebbe argomentare che, circoscrivendo la condotta tipica alle sole ipotesi di sfruttamento, si finirebbe per reintrodurre dalla finestra ciò che si vuole fare uscire dalla porta, ossia l'eccessiva genericità del fatto tipico a cui si deve la debordante funzione supplente della giurisprudenza. Il concetto di sfruttamento, infatti, presenta ampi margini di evanescenza, come dimostra la fattispecie *ex art. 603 bis c.p.* in materia lavoristica. Una simile disfunzione, però, può essere prevenuta attraverso l'individuazione di indici, sorretti da una chiara presa di posizione da parte del potere politico sulla linea di confine tra condotte lecite e incriminate, con puntuali e non ambigue indicazioni di valore. È proprio quest'ultimo elemento che manca nel delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ove, con una certa "schizofrenia" di fondo, da un lato il legislatore promuove politiche del lavoro flessibili, con una compressione dei diritti per i lavoratori, e dall'altra ne vuole reprimere gli effetti distorsivi con lo strumento penalistico. È questa la ragione per cui, a parere di chi scrive, l'elencazione di indici sintomatici

titolo oneroso della madre surrogata, lasciando al di fuori del perimetro sanzionatorio tutte quelle ipotesi in cui la prestazione sia avvenuta in maniera libera, volontaria e disinteressata¹⁹. Una tale riforma del delitto in parola produrrebbe effetti positivi anche nell'individuazione del bene giuridico, che potrebbe agevolmente rinvenirsi nella tutela dell'autodeterminazione della donna. Del resto, una simile soluzione sarebbe perfettamente in linea con ipotesi di "mercimonio" del corpo ben più gravi, ma parzialmente tollerate nel nostro ordinamento, basti pensare alla prostituzione, che non costituisce illecito penale se non nei casi di favoreggiamento, induzione e sfruttamento *ex art. 3 L. 75/1958 (c.d. Legge Merlin)*²⁰.

In aggiunta, se si volesse ampliare ulteriormente l'ambito applicativo della norma (in misura comunque inferiore rispetto a quello attuale) seguendo il modello adottato dalla legge summenzionata che ha messo al bando le case di tolleranza, si potrebbe estendere la fattispecie anche a quanti reclutano persone come donatori di materiale genetico o "locatrici d'utero" al fine di realizzare la pratica surrogatoria o li inducono a ricoprire un simile ruolo.

Riservando la sanzione penale alle sole ipotesi costrittive di surrogazione di maternità, inoltre, sarebbe ben più agevole trovare una qualche forma di "comunanza valoriale" (e di conseguente collaborazione) con gli altri Stati, che ci pare imprescindibile per raggiungere l'obiettivo che si intende realizzare attraverso l'introduzione di reati universali, ovvero la fattiva estensione della potestà punitiva italiana oltre i confini del Paese.

2.3.1. Una proposta alternativa più *soft*: ri-tipizzazione del reato di maternità surrogata.

Nonostante i benefici sopra descritti, derivanti da una drastica riduzione dell'ambito applicativo del reato di maternità surrogata, ci sembra poco probabile che il legislatore decida di adottare tale soluzione. Ciò, infatti, postulerebbe un significativo ripensamento della politica criminale in chiave di *extrema ratio*, ponendosi in controtendenza rispetto alla panpenalizzazione che sembra spesso animare le scelte governative e parlamentari.

all'art. 603 *bis* c.p. non ha prodotto i risultati sperati: in quel caso, infatti, si sperava di garantire un'efficace supplenza attraverso il solo intervento ermeneutico orientato da indicatori legislativi, senza considerare che ciò implica un bilanciamento di opposti interessi, riservato al potere legislativo.

¹⁹ Del resto, questa nostra radicale proposta ci pare conforme (e per certi versi consequenziale) all'elaborazione di autorevole dottrina che, già in passato, ha criticato il carattere assoluto del divieto di maternità surrogata. In quest'ultimo senso RISICATO L., *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 53; MANNA A., *Sperimentazione medica*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, Milano, 2000, p. 1132; CAVALIERE A., *Né integralismi religiosi, né bio-mercificazione. Le biotecnologie nello stato sociale di diritto*, in *Crit. dir.*, 1998, p. 236; MOCCIA S., *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *ibidem*, p. 253.

²⁰ Un ragionamento analogo è stato operato, in giurisprudenza, da Trib. Bologna, 28 marzo 2017, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 1207 e ss., con nota di MIGLIO M., che ha assolto la coppia committente imputata per il delitto *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004* ricostruendo, in via interpretativa, il reato di maternità surrogata sul modello della disciplina penale della prostituzione, ove non si incrimina l'atto in sé, ma le condotte collaterali di sfruttamento e organizzazione.

Rebus sic stantibus, un'alternativa forse più percorribile potrebbe essere quella di riscrivere la fattispecie, circoscrivendone più chiaramente i confini, in modo da garantire una maggiore compatibilità con il principio di determinatezza.

Una *remise en forme* del delitto in parola consentirebbe altresì una sua maggiore spendibilità e, di conseguenza, un più efficace contrasto a questi fenomeni, che sembra divenuto prioritario nell'agenda politica dell'attuale legislatore. Del resto, nonostante spesso nel senso comune (concretizzatosi in discutibili esempi di tecnica legislativa) l'ambiguità del dato letterale viene considerata quale garanzia di una più lasca applicazione della norma penale, la prassi mostra tendenze diametralmente opposte. Infatti, una fattispecie ampia e lacunosa, oltre a porsi in attrito con il quadro costituzionale di riferimento (con annesso rischio di censure da parte della Consulta), verrà "surrogata" attraverso equivalenti funzionali più chiari già esistenti o, in mancanza, verrà integrata per via giurisprudenziale, con buona pace del principio di separazione dei poteri di montesquiana memoria. La pressoché nulla applicazione giurisprudenziale²¹ del reato *ex art. 12 c. 6 della L. 40/2004* rappresenta la prova lampante di questo assunto.

Ciò premesso, si dovrebbe in primo luogo introdurre una definizione normativa della maternità surrogata penalmente rilevante in chiave trifasica (accordo tra committente e madre surrogata, impianto degli embrioni in qualunque modo fecondati con successiva positiva conclusione della gravidanza e consegna del neonato alla madre sociale). In questo modo si eliminerebbe il problema della diversificazione del momento di consumazione del reato a seconda della normativa in materia adottata dal Paese in cui si è attuata la pratica²².

Laddove sussistano e vengano provati solamente i primi due dei tre elementi caratterizzanti la maternità surrogata (ossia l'accordo e il parto), ci pare decisamente più agevole l'applicazione della disciplina del tentativo in quanto, fermo restando l'insindacabile valutazione caso per caso del giudicante, sembrano maggiormente ravvisabili i criteri di configurabilità *ex art. 56 c.p.* (idoneità ed univocità degli atti diretti a commettere il delitto). Se, invece, la gravidanza viene per qualunque motivo interrotta prima del parto, anche in presenza di un accordo tra committenti e gestante, si dovrà escludere la punibilità della condotta, non potendosi ritenere integrato nemmeno il tentativo: essa infatti non risulta sufficientemente idonea a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato.

In secondo luogo, si potrebbe senz'altro procedere all'eliminazione della pena detentiva per tutte le ipotesi considerate dall'*art. 12 c. 6 della L. 40/2004*²³: la reclusione,

²¹ Tra i rari precedenti specificatamente dedicati al delitto di cui all'*art. 12 c. 6 L. 40/2004* si segnala Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016 (dep. 5 aprile 2016), n. 13525, in *Foro it.*, 2016, II, pp. 286 ss., con nota di CASABURI G., nonché in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 1085 ss., con nota di MADEO A., *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*.

²² A questa problematica si è fatto riferimento al § 2.2 del presente contributo.

²³ Del resto, una simile tecnica incriminatrice, basata sulle sole sanzioni pecuniarie, è già prevista per i seguenti illeciti amministrativi disciplinati dalla *L. 40/2004*: 1) utilizzo a fini procreativi di gameti di soggetti estranei alla coppia; 2) applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie dello stesso sesso non coniugate né conviventi, oppure in cui uno dei due membri risulti deceduto o minorenne; 3) uso

infatti, risulta obiettivamente sproporzionata rispetto alla gravità della condotta e, nella prassi, è molto difficile che venga concretamente scontata, in virtù di istituti premiali come la sospensione condizionale della pena.

In terzo e ultimo luogo, si dovrebbe rimodellare la fattispecie in modo da diversificare il trattamento sanzionatorio in base al soggetto attivo e alla condotta considerata. Con riguardo al primo aspetto, si potrebbe così procedere:

A) al medico che attua la pratica surrogatoria dovrebbe riservarsi la sola pena pecuniaria, rivista comunque al ribasso, in modo da renderla più adeguata (e proporzionata) al patrimonio del professionista sanitario medio. Infatti, dal momento che la polizza professionale resa obbligatoria per tutti i sanitari dall'art. 10 della L. 24/2017 (c.d. Legge Gelli-Bianco), oltre ad essere limitata alla colpa grave, non copre le pene pecuniarie²⁴, sarà il medico a dover pagare queste ultime attingendo alle proprie personali risorse.

Del resto, la vera efficacia deterrente risiede non solo nella multa, ma anche (e soprattutto) nella pena accessoria della sospensione temporanea dall'esercizio della professione²⁵, già contemplata dal c. 9 dell'art. 12 L. 40/2004 (anche) per il medico condannato per il reato di surrogazione di maternità. Volendo irrigidire ulteriormente l'attuale disciplina, si potrebbe prevedere l'interdizione perpetua²⁶ in caso di recidiva.

B) Per quanto riguarda il centro medico in cui si realizza la surrogazione di maternità, ci pare che l'attuale regime non necessiti di particolari modifiche. La forbice edittale attualmente prevista (da 600 000€ a 1000000€), nonostante risulti piuttosto elevata, sembra "soportabile" da un ente collettivo come una clinica privata. Anche in questo caso, poi, non va sottovalutata la valenza dissuasiva della previsione di cui al c. 10 dell'art. 12 L. 40/2004: qui, infatti, si prevede la sospensione obbligatoria dell'autorizzazione nei confronti del centro, all'interno del quale si sia realizzata la pratica medica vietata, a cui può seguire la revoca in caso di recidiva.

Tutt'al più, se si volesse contrastare in maniera più efficace la finalità lucrativa, caratterizzante i centri di fecondazione che attuano la pratica vietata (a differenza delle gestanti per altri, che possono ricevere un compenso per la loro attività, ma anche svolgerla gratuitamente per fini solidaristici), si potrebbe introdurre il reato di maternità

delle tecniche di procreazione medicalmente assistita senza il consenso degli interessati; 4) attuazione di tali tecniche in strutture diverse da quelle autorizzate ai sensi dell'art. 10 della medesima legge. Riservando alla surrogazione di maternità un tale trattamento, si perverrebbe quindi ad una auspicabile omologazione da cui rimarrebbero escluse solo le ipotesi più gravi (come la clonazione di esseri umani). A parere di chi scrive, la riconduzione della surrogazione di maternità all'alveo degli illeciti amministrativi potrebbe rappresentare una risposta sanzionatoria sufficiente, valorizzando così la sinergia del diritto penale con altre branche giuridiche e la concezione non autarchica della *lex criminalis* in chiave di *extrema ratio*.

²⁴ Ciò si deve ad evidenti ragioni di tutela dell'interesse pubblico: se ci si potesse assicurare dalle conseguenze negative della pena, verrebbe meno l'efficacia deterrente di quest'ultima, dando una vera e propria patente di illiceità.

²⁵ Tutte le ipotesi di interdizione temporanea o perpetua contenute nell'art. 12 della L. 40/2004 sembrano porsi in rapporto di specialità rispetto alla previsione generale racchiusa all'art. 30 c.p.

²⁶ Del resto, questa grave sanzione è già prevista dal c. 7 dell'art. 12 L. 40/2004 nei confronti dell'esercente la professione sanitaria condannato per il reato di clonazione di essere umano. Per un'analisi di questa fattispecie, si rinvia a CANESTRARI S., ZATTI P., RODOTA' S. (a cura di), *Il governo del corpo* cit., § 4, pp. 550-551.

surrogata tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente *ex d.lgs. 231/2001*, potendosi così applicare alcune incisive sanzioni, come l'interdizione dall'esercizio dell'attività d'impresa e la sospensione o revoca dell'autorizzazione regionale imposta dal r.d. 1265/1934 (Testo unico delle leggi sanitarie, c.d. TULLS) per l'esercizio di una attività ambulatoriale. Ciò non costituirebbe una duplicazione rispetto alla previsione del c. 10 dell'art. 12 L.40/2004, che si riferisce ad una diversa e più specifica autorizzazione, ossia quella per attuare gli interventi di procreazione medicalmente assistita. Quest'ultima, però, presuppone necessariamente quella prevista dal c.d. TULLS, visto che i centri di fecondazione dovranno essere senz'ombra di dubbio ambulatori sanitari²⁷. Sotto questo profilo, la proposta di annoverare la maternità surrogata nel catalogo dei reati presupposto per la responsabilità dell'ente²⁸ produrrebbe un effetto ben più dissuasivo rispetto a quello attuale, ossia la sospensione dell'autorizzazione non solo per l'esercizio degli interventi di procreazione medicalmente assistita, ma per tutte le attività sanitarie esercitate da quella clinica (magari afferenti a branche medico-specialistiche differenti).

Per onestà intellettuale, è innegabile che l'opzione testé proposta presenta alcuni margini di rischio ed è *borderline*, nella misura in cui si pone nel solco della discutibile prassi di ampliare il novero dei reati presupposto della responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*. Ci si allontana così sempre più dalla *ratio* originaria, in cui il nucleo primigenio delle fattispecie era costituito dai c.d. *corporate crime*, ossia reati caratterizzati dall'essere svolti nell'ambito di una lecita attività d'impresa. Non si tratterebbe tuttavia del primo caso in cui, tra i reati presupposto, si fanno rientrare figure delittuose non attinenti alla criminalità d'impresa (basti pensare alla pedopornografia o alle mutilazioni genitali femminili²⁹, prova queste ultime che condizionare l'applicazione della disciplina del

²⁷ Si veda, ad esempio, l'Allegato 1 della deliberazione n. 266 del 21/10/2015 della Giunta regionale dell'Emilia-Romagna ove, prima dell'indicazione dei criteri specifici per l'accreditamento dei Centri di PMA, viene espressamente menzionato il necessario possesso dei "*requisiti generali [...] previsti dalla normativa vigente per le strutture ambulatoriali*".

Vista la loro complessità tecnica (e la vocazione multi-specialistica), è impensabile, del resto, che gli interventi di PMA vengano realizzati non in ambulatori ma in studi medici. La differenza non è di poco conto, in quanto per i primi è richiesta la sopra citata autorizzazione, mentre per i secondi no. Proprio sul punto è intervenuta la sentenza della Suprema Corte n. 47562 del 2019 (dep. 22/11/2019) che, nel dichiarare reato lo svolgimento di attività sanitarie organizzate all'interno di un centro polispecialistico in assenza dell'autorizzazione medica, ha specificato come per ambulatorio si intenda "*la struttura aperta al pubblico, con vincoli di giorni ed orari di apertura, avente individualità autonoma rispetto a quella dei professionisti che ne fanno parte e natura giuridica d'impresa, con separazione tra attività professionale e gestione amministrativa: l'ambulatorio può essere gestito in forma individuale, associata o societaria e si avvale di professionisti sanitari*". Vengono poi individuati dagli Ermellini alcuni indici idonei a qualificare il centro medico come poliambulatorio: la varietà delle prestazioni medico-specialistiche offerte e la presenza di apparecchiature elettromedicali come gli ecografi.

²⁸ Si tratta di un'opzione che, in dottrina, viene presa in considerazione da LOSAPPIO G., *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in questa [Rivista](#), 2023, p. 7.

²⁹ Con ciò, non si intende di certo mettere in discussione il diverso disvalore delle condotte e il fatto che, mentre la maternità surrogata rimane pur sempre una pratica medica, per quanto non universalmente consentita, le mutilazioni genitali femminili non hanno alcun fondamento clinico, consistendo semplicemente in una barbarica offesa all'integrità fisica della donna.

d.lgs. 231/2001 a discutibili pratiche mediche sul corpo di un soggetto non costituirebbe novità). Contro siffatta soluzione, poi, si potrebbe obiettare che inserire il reato di maternità surrogata tra i reati presupposto creerebbe una disparità notevole con altri ben più gravi reati che possono consumarsi in una clinica sanitaria (come la morte o le lesioni gravi e gravissime del paziente) e che, non essendo inseriti nell'elenco, non possono rilevare ai fini della responsabilità dell'ente. Si tratta indubbiamente di un argomento valido, anche se tali anomalie non sono di certo sconosciute all'attuale impianto normativo del d.lgs. 231/2001, nel cui ambito ricadono già ora crimini, la cui gravità è comparativamente minore rispetto ad altre fattispecie escluse (basti pensare ad uno dei più recenti aggiornamenti del catalogo dei reati presupposto, a cui sono stati aggiunti dalla L. 22/2022 i delitti contro il patrimonio culturale).

Sia pure a titolo di *obiter dictum*, va qui accennato che ragioni di coerenza imporrebbero, laddove si decidesse di ammettere la responsabilità dell'ente per il delitto di maternità surrogata, di inserire tra i reati presupposto anche le altre fattispecie previste dalla L. 40/2004, in particolare la commercializzazione di gameti (art. 12 c. 6) e la clonazione (art. 12 c. 7).

Nonostante i vantaggi che deriverebbero, sul piano della conformità al quadro costituzionale e alla qualità della produzione legislativa, da una maggiore tipizzazione dei profili di responsabilità penale dei centri di fecondazione secondo le proposte appena avanzate, è indubbio che le ricadute pratiche di tali modifiche sarebbero abbastanza contenute, dal momento che queste strutture sanitarie operano quasi sempre all'estero, sfuggendo al "raggio d'azione" della legge penale italiana.

C) Alla coppia committente si dovrebbe comminare una pena pecuniaria proporzionata alla sua capacità patrimoniale, ridimensionando anche in questo caso la cornice edittale vigente. Da questo punto di vista, si potrebbe ipotizzare una multa il cui ammontare sia pari ad un multiplo rispetto alle spese sostenute per accedere alla pratica di maternità surrogata vietata in Italia.

D) Infine, con riferimento alla madre surrogata, la volontà di mantenere una stretta attinenza al bene giuridico tutelato impone un distinguo:

1) laddove la donna abbia ricevuto un compenso per attuare la pratica, si dovrebbe prevedere la corresponsione di una pena pecuniaria di entità pari alla somma dalla stessa ricevuta in virtù dell'accordo con la coppia committente;

2) se non è previsto alcun corrispettivo, invece, la gestante dovrebbe andare esente da qualunque responsabilità penale, anche pecuniaria.

Sotto il profilo delle condotte, poi, sarebbe auspicabile una graduazione della dosimetria sanzionatoria in chiave di progressione nell'offesa:

A) a tal fine, a parere di chi scrive, si dovrebbe innanzitutto espungere dalla fattispecie la condotta di pubblicizzazione della maternità surrogata. Una simile attività, infatti, è già penalmente perseguibile in maniera efficace attraverso altre disposizioni di legge.

Più precisamente, nel caso in cui il centro di fecondazione reclamizzi la propria attività illecita attraverso vari canali comunicativi (es. *social network* o diffusione di *dépliant*), esso sarà assoggettabile al reato di istigazione a delinquere *ex art. 414 c.p.* Del resto tutti i requisiti di questo delitto sembrano integrabili: il carattere pubblico della

comunicazione, destinato ad una platea potenzialmente indeterminata di individui, l'oggetto della stessa (costituito da un reato come la surrogazione di maternità) e, soprattutto, la pericolosità concreta di futuri reati (è probabile che il centro medico attui una vera e propria profilazione di *marketing*, funzionale a rivolgersi a soggetti che risultino potenzialmente interessati ad accedere alla pratica medica vietata e che, una volta conosciuta l'attività della clinica pubblicizzata, commettano il delitto grazie a quest'ultima).

Un adeguato contrasto a tale condotta è altresì agevolmente realizzabile mediante il sequestro (prima) e la confisca facoltativa *ex art.* 240 c. 1 c.p. (poi) del materiale pubblicitario prodotto dal centro ed eventualmente degli strumenti telematici utilizzati per rendere nota la propria attività illecita³⁰. Una volta divenuta inoppugnabile la sentenza di condanna per il delitto *ex art.* 12 c. 6 L. 40/2004 (allo stato dell'arte) o per il delitto di istigazione a delinquere (secondo la proposta poc'anzi avanzata) si potrà procedere alla distruzione del materiale confiscato, analogamente a quanto dovrebbe avvenire, a parere di chi scrive, per i supporti, cartacei o informatici, contenenti messaggi di propaganda razziale nei c.d. crimini d'odio.

Infine, per la coppia che, dopo essere ricorsa alla surrogazione di maternità, consiglia pubblicamente (magari su un *forum* o un *blog*) la propria esperienza ad altri, magari fornendo suggerimenti per attuare concretamente tale pratica medica vietata (ad esempio mediante l'indicazione dei centri a cui rivolgersi o attraverso la fornitura di un elenco di locatrici d'utero disponibili), dovrebbe configurarsi al più l'apologia di reato. Al contrario, la mera presentazione della propria esperienza, priva di consigli concreti per commettere l'illecito, non dovrebbe avere alcuna rilevanza penale, stante la libertà di manifestazione del pensiero costituzionalmente tutelata.

B) Sembra chiaro che, nelle intenzioni del legislatore, debba soggiacere al delitto *ex art.* 12 c. 6 L. 40/2004 non solo il centro e il personale medico che realizza la maternità surrogata, ma anche la coppia che fa ricorso a tale pratica. Una simile conclusione appare inoppugnabile anche alla luce del c. 8 del medesimo articolo, che prevede la non punibilità dell'uomo e della donna a cui sono applicate le tecniche vietate in una serie di ipotesi tassativamente elencate, tra cui non viene richiamata la maternità surrogata di cui al c. 6. Per garantire una maggiore chiarezza sul punto, però, potrebbe essere utile un intervento chiarificatore del legislatore mediante l'espressa menzione e incriminazione, all'*art.* 12 c. 6 L. 40/2004, della condotta di avvalimento della tecnica di surrogazione di maternità.

C) Allo stato attuale, organizzazione e realizzazione della maternità surrogate sono equiparate sul piano del trattamento sanzionatorio, anche se esprimono un grado di disvalore ben diverso. Proprio per questa ragione, sarebbe maggiormente compatibile con il principio di offensività una differenziazione delle pene per queste due distinte condotte, prevedendo in particolare una sanzione pecuniaria più bassa nel caso

³⁰ La confisca, sia pure obbligatoria, di materiale telematico non costituisce di certo una novità, essendo già prevista, per il contrasto ad importanti reati informatici, dall'*art.* 240 c. 2 c.p., come novellato dalla L. 15 febbraio 2012, n. 12, poi modificato dall'*art.* 2 del d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202.

dell'organizzazione rispetto alla più grave ipotesi di realizzazione della tecnica medica vietata.

Sul versante della tipizzazione, poi, se si seguisse la proposta, avanzata in questo paragrafo, di definire a livello normativo la surrogazione di maternità in senso trifasico, si sopirebbe definitivamente il dibattito circa la reale portata della condotta di realizzazione, optando per il secondo orientamento, che richiede non solo l'esecuzione della tecnica medica di impianto, ma anche il previo accordo tra committenti e madre surrogata, la positiva conclusione della gravidanza e la successiva consegna del neonato.

Quanto alla condotta organizzativa, si potrebbe meglio specificarla tenendo conto dell'elaborazione dottrinale sul punto, declinandola quale supporto concreto e materiale per la realizzazione della pratica vietata, intermediazione tra coppia committente e madre surrogata, reclutamento di locatrici d'utero. Infine, si potrebbe circoscrivere il soggetto attivo reo della condotta organizzativa, individuandolo nel solo centro di fecondazione. Esclusivamente la clinica specializzata, infatti, ha mezzi e risorse tali da dispiegare una attività logistico-gestionale idonea a porre concretamente in pericolo il bene giuridico tutelato con il reato *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004*, mentre pare difficile che le altre figure coinvolte (*in primis* committenti e madre surrogata, ma anche personale medico) possano adottare comportamenti organizzativi così pregnanti, da consentire una punibilità rispettosa del principio di offensività.

2.4. *Locus commissi delicti e ambito spaziale di applicazione della fattispecie: la vexata quaestio della doppia incriminazione.*

La regolamentazione della maternità surrogata da parte dei vari Stati del mondo si connota per una variegata eterogeneità: alcuni ordinamenti (come quello italiano), infatti, la vietano sanzionandola aspramente, mentre altri le riservano un trattamento repressivo più circoscritto e blando, ad esempio incriminando penalmente le sole pratiche surrogatorie attuate onerosamente a fini commerciali-lucrativi o dispiegando una dosimetria sanzionatoria molto più mite, fatta di sole sanzioni amministrative. Infine, vi sono Paesi che ammettono e per certi versi incentivano la surrogazione di maternità, prevedendola espressamente, e altri che si limitano a tollerarla tacitamente, non legalizzandola né sanzionandola³¹.

La mancanza di una granitica e unitaria disciplina internazionale sul tema è dovuta sia a differenti sensibilità etiche e influenze religiose-culturali, sia ad un diverso

³¹ A titolo meramente esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, puniscono sempre e comunque la maternità surrogata Paesi come Italia, Francia, Spagna e Polonia. La ammettono ma solo se realizzata a titolo gratuito Belgio, Australia, Regno Unito, Paesi Bassi, Danimarca, Ungheria, Irlanda, Australia, Canada, Stati Uniti (solo in alcuni Stati federati) e Grecia. Infine, consentono la pratica surrogatoria anche a titolo commerciale Russia, Ucraina, Georgia, Armenia, Cipro, India e Stati Uniti (solo in California, Illinois, Texas, Massachusetts). Sul punto, più diffusamente, GRASSO A.G., *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Roma, 2020, p. 49 e ss.; TIGANO V., *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, pp. 34 ss., 67 ss., 97 ss.; LA RUSSA R. – CAMPOLONGO A. – VIOLA R.V. – GATTO V. – SCOPETTI M. – SANTURRO A. – DI LASCIO C. – TURILLAZZI E. – FRATI P., *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 2/2017, pp. 683 ss.

bilanciamento dell'interesse alla genitorialità della coppia committente con altri valori in gioco, come la tutela del figlio e della dignità della locatrice d'utero.

Una simile differenziazione ha altresì determinato la diffusione di quel fenomeno noto come turismo procreativo³², in virtù del quale un numero sempre crescente di coppie italiane si rivolgono a cliniche straniere alla ricerca di soluzioni ai propri problemi di fertilità. Molto spesso ciò è dovuto non tanto all'esigenza di accedere a centri più all'avanguardia rispetto a quelli nostrani, in grado di offrire maggiori probabilità di successo, quanto piuttosto alla volontà di usufruire di tecniche di procreazione medicalmente assistita che in Italia sono vietate dalla L. 40/2004. Per certi aspetti, dunque, è possibile affermare che il turismo procreativo rappresenta una sorta di effetto collaterale della legge italiana, che ha deciso di disciplinarne in maniera restrittiva l'accesso.

Nella maggior parte dei casi, quindi, la surrogazione di maternità viene realizzata in uno Stato straniero che ammette tale pratica. Di conseguenza, sul versante penalistico, il *locus commissi delicti* si sposta fuori dai confini nazionali, purché tutte le componenti del fatto penalmente rilevante (stipula dell'accordo di surrogazione, fecondazione, gestazione, parto e consegna del neonato) siano integralmente attuate all'estero.

Se, invece, anche solo una frazione della condotta viene posta in essere in Italia, allora si potrà ritenere integrata l'ampia nozione di fatto commesso nel territorio dello Stato *ex art. 6 c.p.*, applicandosi il delitto di cui all'art. 12 c. 6 L. 40/2004. La questione non assume una rilevanza meramente teorica, ben potendosi verificare situazioni di questo tipo: una coppia di cittadini italiani, prima di intraprendere un costoso viaggio oltreconfine, stipula nel nostro Paese, magari attraverso strumenti telematici, un accordo con un centro che opera all'estero, ivi realizzando tutto il resto della condotta (fecondazione e impianto degli ovuli e consegna del neonato al termine della gravidanza). In simili ipotesi, si potranno senz'altro ritenere i committenti assoggettabili al reato di surrogazione di maternità previsto in Italia³³.

³² In tema PULITANÒ D., *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1371; TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana cit.*, p. 1393; VALLINI A., *La schiava di Abramo cit.*, p. 899; DOLCINI E., *Surrogazione di maternità all'estero cit.*, § 2, p. 81; FLAMIGNI C. – MORI M., *La fecondazione assistita dopo dieci anni di legge 40. Meglio ricominciare da capo!*, Torino, 2014, p. 139 ss. Anche se intervenute prima della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 9 aprile 2014 che, dichiarando l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa previsto dall'art. 4 c. 3 della legge 40/2004 e rendendo quindi lecita questa pratica in Italia, ha contribuito a contenere il fenomeno del turismo procreativo, rimangono ancora parzialmente valide le riflessioni di DOLCINI E., *Il punto sulla procreazione medicalmente assistita: in particolare, il problema della fecondazione eterologa*, in *Corriere del merito*, 2013, pp. 5-10 e FLAMIGNI C. – BORINI A., *Fecondazione e(s)terologa*, Roma, 2012, p. 17 ss.

³³ Su simili ipotesi, PELISSERO M., *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei deputati, in questa *Rivista*, 2021, p. 4. Ovviamente l'affermazione della responsabilità penale presuppone che la stipulazione dell'accordo seguito dalla sua esecuzione possa essere inclusa nel fatto tipico. Su quest'ultimo aspetto, però, la questione non è pacifica, tanto che alcuni Autori non fanno rientrare nella condotta di realizzazione il patto tra committenti e madre surrogata, anche se concretamente adempiuto. In quest'ultimo senso, VALLINI A., *Illecito concepimento cit.*, p. 144.

Tornando alla maternità surrogata realizzata interamente all'estero, nella maggior parte dei casi la coppia committente è di nazionalità italiana, mentre tutti gli altri soggetti coinvolti nella pratica medica vietata (personale amministrativo e sanitario del centro di fecondazione e locatrice o prestatrice d'utero), avranno la cittadinanza del Paese in cui si attua la surrogazione. Per analizzare una simile situazione, va sottolineato che le ambiguità relative all'individuazione dei soggetti attivi del reato sono destinate a riverberarsi anche sull'ambito spaziale di validità del delitto di maternità surrogata realizzato all'estero:

1) infatti, considerando la fattispecie *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004* come monosoggettiva del solo personale medico (con l'esclusione della punibilità per gli altri soggetti coinvolti, *in primis* la coppia committente, qualificati come concorrenti necessari), si dovrà applicare la disciplina prevista dall'art. 10 c.p. con riguardo al reato comune commesso dal cittadino straniero all'estero. Così ragionando, però, si arriverà alla conclusione che, nei confronti del medico non italiano che ha attuato fuori dai confini nazionali la pratica medica vietata nel nostro Paese ma conformemente alla *lex loci*, non sarà possibile muovere un addebito *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004*, in quanto il delitto di maternità surrogata non raggiunge la soglia edittale prevista dall'art. 10 c.p. per consentire l'applicazione della legge penale italiana³⁴.

2) Interpretando la surrogazione di maternità come reato plurisoggettivo proprio, invece, si dovrà operare una distinzione sulla base della nazionalità dei soggetti coinvolti. Argomentando in tal senso, si escluderà la responsabilità penale per il medico, i responsabili della clinica e la locatrice d'utero, se cittadini stranieri, per carenza del requisito del minimo edittale di cui all'art. 10 c.p.³⁵, mentre, con riguardo alla posizione della coppia committente e, eventualmente, del medico italiano³⁶ che hanno rispettivamente fruito e realizzato la surrogazione di maternità in un centro di fecondazione estero conformemente alla *lex loci*, si aprono tre diversi scenari tra loro alternativi:

A) si applica nei loro confronti il delitto di cui all'art. 12 c. 6 L. 40/2004, laddove siano soddisfatti i presupposti dell'art. 9 c. 2 c.p., che disciplina l'applicazione della legge penale italiana ai concittadini che hanno commesso un reato all'estero (richiesta del Ministro della Giustizia e presenza del reo nel territorio dello Stato)³⁷. Quanti sostengono

³⁴ L'art. 10 c.p., infatti, prevede che il fatto debba essere punito con la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, mentre il delitto *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004* è sanzionato con una pena privativa della libertà personale da sei mesi a un anno.

³⁵ Si tratta dello stesso ragionamento effettuato nel punto 1). Del resto, anche laddove, riflettendo per assurdo, fosse soddisfatta la condizione del minimo edittale, non sarebbe in ogni caso postulabile una responsabilità penale dello straniero che attua la surrogazione di maternità all'estero, in quanto questi dovrebbe trovarsi nel territorio dello Stato italiano; ciò si verificherebbe assai di rado, in quanto tendenzialmente medico e madre surrogata rimarranno nel proprio Paese d'origine e non si recheranno in Italia, se non per ragioni totalmente svincolate dall'esecuzione della pratica vietata.

³⁶ L'ipotesi del personale sanitario in trasferta presso una clinica estera per eseguire pratiche mediche vietate rappresenta, a dire il vero, un caso di scuola assai residuale e marginale. Essa viene comunque presa in considerazione da DOLCINI E., *La procreazione medicalmente assistita* cit., p. 1594.

³⁷ In alternativa alla richiesta del Ministro della Giustizia, ad oggi mai avanzata per il reato di maternità surrogata, l'art. 9 c.p. prevede il requisito dell'istanza o querela della persona offesa. Esso, però, non è

tale tesi, dunque, ritengono irrilevante la carenza del requisito (non esplicitato all'art. 9 c.p.) della doppia incriminazione e, quindi, il fatto che i consociati abbiano posto in essere una condotta che, pur essendo vietata nel nostro Paese, era perfettamente lecita nello Stato straniero³⁸. Ad una simile conclusione si dovrebbe pervenire anche grazie ad una lettura sistematica delle disposizioni codicistiche: all'art. 13 c. 2 c.p., tra i requisiti per l'estradizione, si prevede espressamente la necessaria individuazione del fatto come reato sia per la legge italiana che per quella straniera; ne consegue che, in ossequio al brocardo latino *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, se in alcuni casi il legislatore ha menzionato espressamente la doppia incriminazione, quando non lo ha fatto, come nel caso dell'art. 9 c.p., significa che ha ritenuto non necessario imporre tale condizione.

B) Si esclude la punibilità della coppia committente *ex art. 51 c.p.*, in quanto essa ha esercitato un diritto riconosciuto dallo Stato straniero in cui ha attuato la condotta penalmente rilevante per l'ordinamento italiano. Questo orientamento³⁹ non può essere accolto in quanto, per unanime dottrina⁴⁰, tale causa di giustificazione opera solo se il diritto in questione è direttamente o indirettamente riconosciuto nel nostro Paese. Si tratta di una condizione che, con tutta evidenza, non si verifica nel caso in esame, poiché non solo in Italia non è contemplato un diritto alla maternità surrogata, ma si prevede altresì la penale repressione di tale pratica. Inoltre, non si può corroborare la tesi della scriminante dell'esercizio del diritto nemmeno facendo leva sulla giurisprudenza di Strasburgo⁴¹ che, attribuendo ampio margine di discrezionalità sul tema, si è sempre e soltanto limitata a tutelare i diritti del nato all'esito della gravidanza surrogata (identità personale e rispetto della vita familiare), che non sono di per sé idonei a trasmigrare osmoticamente sui genitori committenti, per giunta mutandone il contenuto.

C) Infine, vi è chi esclude l'applicazione del reato di maternità surrogata previsto dalla legge penale italiana per carenza del requisito della doppia incriminazione, che sarebbe implicito alla disciplina degli artt. 9 e 10 c.p.⁴². Con tutta probabilità, si tratta del

rilevante nel caso in esame, in quanto il soggetto passivo del delitto *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004* è di ardua individuazione, non potendosi ravvisare né nel neonato frutto della pratica medica vietata, né nella madre surrogata che ha liberamente prestato il proprio consenso.

³⁸ In altri termini, quanti propongono questa tesi scompongono il giudizio in ordine all'applicazione del reato commesso all'estero da un cittadino in due momenti: 1) l'astratta punibilità, che in simili ipotesi sussiste solo laddove sia prevista una pena restrittiva della libertà personale, soddisfatta nel caso di maternità surrogata (punita con la reclusione); 2) la concreta affermazione di una responsabilità penale in base alla legge italiana, condizionata ad una valutazione, caso per caso, degli altri requisiti previsti dall'art. 9 c.p. (presenza del reo nel territorio dello Stato e richiesta del Ministro della Giustizia). È questa la posizione di SPENA A., *Una storia semplice?* cit., p. 1555; MANTOVANI F., *Diritto penale* cit., p. 898; PAGLIARO A., *Legge penale nello spazio* cit., p. 1059. In giurisprudenza, invece, si mostra concorde con questo orientamento Cass. pen., Sez. II, 19 aprile 1983 (dep. 8 novembre 1983), n. 9249, *Fazzino*, in *Mass. CED Cass.*

³⁹ La tesi viene esposta e contestualmente demolita da SPENA A., *Una storia semplice?* cit., p. 1551.

⁴⁰ *Ex multis*, PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, 8ª ed., Milano, 2003, p. 435; CARACCIOLI I., *L'incriminazione* cit., p. 1019;

⁴¹ Corte EDU, Sez. V, *Mennesson v. France* (ric. n. 65192/11) e *Labassee et al. v. France* (ric. n. 65941/11), entrambe del 26 giugno 2014.

⁴² In questo senso, con specifico riferimento alla surrogazione di maternità, TRINCHERA T., *Limiti spaziali* cit., p. 1418; MADEO A., *La Cassazione interviene* cit., p. 1092; DOLCINI E., *Surrogazione di maternità all'estero* cit., § 3, p. 82. Più in generale, MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G.L., *Manuale* cit., p. 129.

ragionamento operato anche dalla magistratura inquirente, che rinuncia *ab origine* a contestare alla coppia committente il delitto *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004*⁴³, percorrendo altre vie sanzionatorie (come l'alterazione di stato). Gli argomenti addotti a favore della tesi della subordinazione dell'applicazione della legge penale italiana alla sussistenza di una analoga previsione nella *lex loci* per i fatti commessi all'estero sono estremamente variegati e possono essere così schematizzati:

1) la doppia incriminazione è menzionata nei lavori preparatori del codice⁴⁴. In realtà, un simile argomento si rivela alquanto debole e ambiguo, dato che la discrepanza tra la bozza iniziale e la versione definitiva degli artt. 9 e 10 c.p. potrebbe essere altresì addotta come prova del mutamento di volontà da parte del legislatore che, originariamente orientato ad introdurre questo requisito, si è poi risolto nell'espungerlo.

2) Si dovrebbe ritenere estensibile agli artt. 9 e 10 c.p. il principio della doppia incriminazione espressamente richiamato in tema di estradizione dal già citato art. 13 c.p. Anche questa corrente di pensiero, però, appare abbastanza discutibile, in quanto la *ratio* che ha spinto il legislatore ad introdurre tale requisito per l'estradizione è peculiare e non automaticamente riproponibile per la diversa disciplina dell'applicazione della legge penale italiana per reato commesso all'estero⁴⁵.

3) L'ancoraggio della punibilità alla duplice previsione del fatto come reato nell'ordinamento italiano e in quello straniero troverebbe fondamento, per alcuni, nel principio di legalità⁴⁶, inteso quale "bussola" e garanzia delle libere scelte del cittadino, che deve essere messo nelle condizioni di comprendere a priori se la condotta che intende realizzare sia lecita o meno. Da questo punto di vista, senza la doppia incriminazione non si garantirebbe il legittimo affidamento che ogni soggetto, italiano o straniero, ripone sulla liceità della propria condotta nel Paese in cui ha agito. In realtà, ad uno sguardo più attento, la legalità non impone la doppia incriminazione⁴⁷, ma solo che la sanzione penale sia contenuta in una norma di legge (o in un atto ad essa equiparato) esplicita, chiara, determinata e non retroattiva. Così correttamente ricostruito il principio in parola, è evidente che tale esigenza sia garantita proprio dalla disciplina contenuta agli artt. 7 e ss. c.p. che, individuando l'ambito spaziale e personale di validità della legge penale italiana, consente, almeno in linea teorica, al cittadino italiano o straniero di conoscere le possibili conseguenze sanzionatorie a cui andrà incontro commettendo un reato al di fuori dei confini nazionali.

4) A ben vedere, quanti sostengono la necessità della doppia incriminazione sulla base del principio di legalità, intendono quest'ultimo non nella sua autentica e pura

⁴³ Tra i rari precedenti specificatamente dedicati al delitto di cui all'art. 12 c. 6 L. 40/2004 si segnala Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016 (dep. 5 aprile 2016), n. 13525, in *Foro it.*, 2016, II, pp. 286 ss., con nota di CASABURI G., nonché in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 1085 ss., con nota di MADEO A., *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*.

⁴⁴ Una simile argomentazione viene riportata e criticata da TRINCHERA T., *Limiti spaziali cit.*, p. 1408-1409.

⁴⁵ Tali criticità, insite alla teoria *de qua*, sono ancora una volta disvelate da TRINCHERA T., *Limiti spaziali cit.*, p. 1409, ma anche da TREVES T., *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973, p. 172.

⁴⁶ Così ROMANO M., *Commentario cit.*, 2004, p. 143; CARACCIOLI I., *L'incriminazione cit.*, p. 973 e ss.

⁴⁷ Propongono queste obiezioni TRINCHERA T., *Limiti spaziali cit.*, pp. 1409-1410; SPENA A., *Una storia semplice? cit.*, pp. 1552-1553; PAGLIARO A., *Legge penale cit.*, p. 1060.

accezione, bensì come corollario del principio di colpevolezza⁴⁸ nell'accezione di conoscenza o conoscibilità della legge penale. In altri termini, non può essere punito il cittadino, italiano o straniero, che, pur commettendo all'estero un fatto penalmente rilevante per il nostro ordinamento, non era in grado di conoscere la legge penale italiana anche usando la dovuta diligenza. Di conseguenza, chi sostiene questa tesi ritiene che, senza la doppia incriminazione, colui che vive stabilmente o occasionalmente all'estero non potrebbe orientare liberamente e consapevolmente la propria condotta in caso di discrepanza tra la legge italiana e la *lex loci*⁴⁹. Anche un simile orientamento, tuttavia, non è andato esente da critiche: così, secondo una parte della dottrina, il fatto che nei casi concreti il principio di colpevolezza possa comportare la non punibilità del cittadino italiano che, pur attenendosi alla *lex loci*, ha posto in essere condotte penalmente rilevanti in Italia, non la esclude in astratto⁵⁰. L'applicazione del principio di colpevolezza, infatti, richiede una valutazione casistica che poco o nulla ha a che fare con la duplice previsione (in Italia e all'estero) del fatto come reato. Ne consegue che:

a) anche in presenza della doppia incriminazione, laddove le circostanze del caso concreto conducano ad individuare una condizione di incolpevole ignoranza o di errore inevitabile sul contenuto della norma penale italiana (e sulla sua possibile applicazione a fatti commessi all'estero) si dovrà escludere la responsabilità penale ai sensi dell'art. 5 c.p. e del principio di colpevolezza;

b) se, al contrario, in assenza del requisito della doppia incriminazione, il cittadino italiano o straniero, pur conoscendo l'illiceità della propria condotta in base all'ordinamento italiano, la realizza all'estero con la finalità di eludere la normativa del nostro Paese, dovrà essere punito per i medesimi principi. È questa la situazione che si verifica in caso di surrogazione di maternità, ove la coppia committente si rivolge a cliniche straniere proprio per aggirare il divieto previsto dalla L. 40/2004, celando poi le reali modalità di concepimento dinnanzi all'ufficiale di stato civile e agli inquirenti italiani.

Inoltre, ricavando il requisito della doppia incriminazione dai principi di legalità e colpevolezza per l'applicazione del diritto penale italiano a fatti commessi all'estero *ex*

⁴⁸ In tal senso DOLCINI E., *Surrogazione di maternità all'estero* cit., p. 82 e PASCULLI M.A., *Osservazioni in tema di extraterritorialità della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, 2023, § 2.2. Argomentano la necessità della doppia incriminazione alla luce di entrambi i principi, legalità e colpevolezza, MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G.L., *Manuale di diritto penale* cit., p. 164; MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 137 e, in giurisprudenza, Cass., Sez. I, 17 settembre 2002, n. 38401.

⁴⁹ In realtà a questa conclusione si perviene non postulando la necessità della doppia incriminazione, ma attraverso una corretta lettura dell'art. 5 c.p. alla luce della storica sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988. Questa critica viene mossa da TRINCHERA T., *Limiti spaziali* cit., p. 1411.

⁵⁰ In questi termini SPENA A., *Una storia semplice?* cit., p. 1554-1555. Secondo l'Autore, inoltre, se l'applicazione del diritto penale italiano per delitti commessi all'estero fosse governato dal principio di doppia incriminazione, allora si dovrebbe concludere che, laddove il fatto realizzato fuori dai confini nazionali sia incriminato in entrambi gli ordinamenti, ma più severamente in Italia, il reo andrebbe assoggettato alla legge penale straniera più mite. Così ragionando, però, si subordinerebbero le scelte politico-criminali del legislatore italiano a quelle di uno Stato straniero, con un conseguente sacrificio della sovranità nazionale e un ulteriore indebolimento della vittima di reati contemplati in Italia ma non nel *locus commissi delicti*, che non potrebbe ottenere giustizia né dallo Stato straniero né dal Belpaese.

artt. 9 e 10 c.p., non si spiegherebbe il contrasto con la disciplina contenuta agli artt. 7 e 8 c.p. che, in situazioni non identiche ma comunque simili, escludono espressamente tale condizione.

5) Altri Autori⁵¹, poi, ritengono che la necessità che il fatto sia previsto come reato in Italia e nello Stato estero per l'applicazione della legge penale italiana, sarebbe ricavabile da una sorta di autolimitazione della giurisdizione nostrana dinnanzi a quella, discordante, di altri ordinamenti. Ragionando diversamente, si imporrebbe al giudice chiamato a decidere su fatti commessi all'estero una vera e propria "lotta contro i mulini a vento" foriera di scarsissimi risultati, proprio per via della necessaria collaborazione interstatale (in sede d'indagine e processuale), che verrebbe verosimilmente negata, proprio perché in quel Paese straniero, il fatto non è sanzionato. In quest'ottica, la doppia incriminazione sarebbe un principio di carattere generale, riconosciuto dalla maggior parte degli ordinamenti nazionali⁵² e immanente in quanto frutto di una "aspettativa sociale"⁵³ ineludibile dal legislatore. Infatti, allo stesso modo in cui si pretende che un cittadino, italiano o straniero, rispetti la legge italiana quando si trova nel nostro Paese, astenendosi da condotte che sono consentite in altri Stati ma vietate in Italia, di conseguenza, quale altra faccia della stessa medaglia, il legislatore italiano dovrà consentire al cittadino che si trova all'estero di orientare le proprie azioni secondo la *lex loci*. La concezione di uno Stato universale onnipotente, che allunga i propri tentacoli punitivi anche fuori dai confini nazionali, infatti, è tipica della visione totalitaria e isolazionistica dominante all'epoca in cui è stato varato il codice, ma non più sostenibile in un ordinamento democratico. Insomma, secondo questa tesi, la giustificazione della doppia incriminazione per la punibilità di fatti commessi all'estero sarebbe ricavabile da una lettura ermeneutica evolutiva e affonderebbe le proprie radici in ragioni logiche e pragmatiche, ma non costituzionali: ecco per quale ragione il legislatore italiano vi ha potuto legittimamente derogare nei casi di cui agli artt. 7 e 8 c.p., in virtù di primari interessi statuali e internazionali da tutelarsi attraverso la previsione di delitti ad applicazione incondizionata.

Con specifico riguardo alla materia di nostro interesse, coloro che si fanno portavoce di tale linea di pensiero, adducono un ulteriore argomento *a contrario*: se non fosse necessaria la previsione del medesimo fatto come reato secondo la *lex loci*, non avrebbero ragion d'essere le numerose proposte di legge che vorrebbero elevare la surrogazione di maternità a reato universale.

Dall'analisi sopra effettuata si evince chiaramente come la punibilità in Italia della coppia che si avvale della maternità surrogata in un Paese straniero ove tale pratica

⁵¹ In questo senso PELISSERO M., *Surrogazione di maternità cit.*, p. 5-6; TRINCHERA T., *Limiti spaziali cit.*, p. 1413; DI MARTINO A., *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, 2006, p. 282.

⁵² A mero titolo esemplificativo, tale principio è espressamente codificato in Austria (§ 65 *Österreichisch Strafgesetzbuch*), Danimarca (§§ 7-7a *Straffeloven*), Francia (art. 113-6 c. 2 *Code pénal*), Germania (§ 7 c. 2 *Deutsch Strafgesetzbuch*), Norvegia (§ 5 *Norsk Straffeloven*), Portogallo (art. 5 c. 1 lett. e *Código penal*), Spagna (art. 23 c. 2 *Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial*), Svezia (§ 2 c. 2 cap. 2 *Brottsbalken*). Per un approfondimento in merito si veda, ancora una volta, TRINCHERA T., *Limiti spaziali cit.*, pp. 1414-1415.

⁵³ TRINCHERA T., *Limiti spaziali cit.*, p. 1416.

risulta legittima è inscindibilmente collegata alla *vexata quaestio* della doppia incriminazione come condizione per l'applicazione della legge italiana per reati commessi all'estero. La questione è stata affrontata dalla stessa Cassazione⁵⁴, che ha assolto due coniugi, che avevano fruito all'estero della surrogazione, sulla base del seguente ragionamento: sussiste un vero e proprio contrasto giurisprudenziale e dottrinale circa il principio di doppia incriminazione, che riflette e determina una situazione di rilevante incertezza interpretativa. Ciò implica l'applicazione della disciplina dell'errore inevitabile sulla disposizione di cui all'art. 9 c.p., che regola le condizioni per l'estensione della legge penale italiana all'estero. 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. A sostegno della propria tesi, la Suprema Corte individua due argomenti:

1) da un lato l'adesione ai criteri di individuazione dell'errore inevitabile sul precetto penale, enunciati dalla storica sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988;

2) dall'altro il recepimento dell'orientamento della Corte EDU, secondo la quale la prevedibilità del precetto penale, imposta dall'art. 7 della Convenzione, deve sussistere non solo tenendo conto del dato legislativo, ma anche della relativa elaborazione giurisprudenziale che ne determina la concreta applicazione.

3. Le proposte di legge tese ad una universalizzazione del reato di maternità surrogata e il critico scetticismo dottrinario sul punto.

Presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati sono state discusse tre proposte di riforma che, reiterando disegni di legge di analogo tenore presentati nelle precedenti legislature⁵⁵, intendono elevare il divieto di maternità surrogata a reato universale, rendendo così punibile anche la condotta interamente commessa fuori dai confini nazionali. Tutti i progetti sono accomunati da una struttura piuttosto semplice (un unico articolo per aggiungere una frase al c. 6 dell'art. 12 L. 40/2004 o un ulteriore comma al medesimo articolo, il 6 *bis*, come nel caso del P.D.L. n. 342) e dal fatto che non

⁵⁴ Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525 cit. Analizza il ragionamento degli Ermellini anche TRINCHERA T., *Limiti spaziali* cit., p. 1412-1413 che, pur ritenendo meritevole la rigorosa rilevanza attribuita all'errore inevitabile, da sempre sottovalutato in giurisprudenza, sottolinea criticamente come sia mancata una presa di posizione sul "cuore pulsante" della questione, ovvero se sia perseguibile la coppia italiana che ricorre alla pratica di maternità surrogata in uno Stato in cui essa sia lecita. Così facendo, infatti, si finisce per alimentare la situazione di incertezza che sta alla base dell'errore inevitabile, entrando in un circolo vizioso in cui la portata del diritto penale italiano rimane avvolta da una impenetrabile coltre di nebbia che ne svisciva l'efficace applicazione.

⁵⁵ Ci si riferisce in particolare ai PP.DD.LL. n. 2599 del 20 luglio 2020 (c.d. Carfagna, dal nome della prima firmataria) e n. 306 del 23 marzo 2018 (c.d. Meloni), commentate criticamente da PELISSERO M., *Surrogazione di maternità* cit., p. 1 e ss. Del resto, già nel 2016, durante la XVII legislatura, erano state avanzate numerose proposte di legge in tal senso: S 2296, C 3814, S 2270, C 3770, C3756, C 3686.

si intende intervenire né sulla struttura della fattispecie, né sul trattamento sanzionatorio, né sugli effetti penali indiretti (ad esempio in tema di alterazione di stato o di false dichiarazioni rese all'ufficiale di stato civile o alle autorità consolari e diplomatiche per ottenere la trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero). Nonostante l'oggetto delle tre proposte sia comune e affine, esse si connotano per una diversa formulazione lessicale, che è destinata a produrre notevoli ricadute concrete:

1) più in particolare, i PP.DD.LL. n. 342 (Candiani) e 1026 (Lupi) riguardano solo la surrogazione di maternità, mentre il P.D.L. n. 887 (Varchi), rinviando a tutte le condotte *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004*, si riferisce anche alla commercializzazione di gameti ed embrioni, che verrebbe quindi sanzionata pur se commessa interamente all'estero. Secondo autorevole dottrina⁵⁶, una simile estensione non porrebbe particolari problemi sul piano dell'opportunità politico-criminale, in quanto sussiste una tendenziale uniformità di vedute tra Stati circa la necessità di porre un divieto di commercializzazione dei gameti, come dimostrano importanti fonti sovranazionali (come la Raccomandazione del Consiglio Europeo n. 1046 del 1986 e la Direttiva 2004/23/CE).

2) Le proposte Candiani e Lupi, inoltre, si riferiscono più chiaramente ai soli cittadini italiani che commettono il fatto all'estero, mentre il disegno di legge Varchi sembra consentire l'applicazione delle pene *ex art. 12 c. 6 L.40/2004* anche agli stranieri che, fuori dai confini dello Stato italiano, usufruiscono della maternità surrogata. Quest'ultima opzione viene però duramente criticata dall'Accademia, che la definisce causticamente "*un esito paradossale di panpenalismo*⁵⁷" in quanto violerebbe la disciplina, già tendenzialmente espansiva, dettata dall'art. 10 c.p., che prevede limiti edittali per l'applicazione della legge penale italiana a fatti commessi all'estero da stranieri, non raggiunti dalla fattispecie di maternità surrogata.

3) La proposta Candiani, poi, intenderebbe estendere le pene previste dal c. 6 dell'art. 12 L. 40/2004 a coloro che ricorrono alla maternità surrogata all'estero. Tuttavia, se si abbraccia la tesi restrittiva, che esclude la punibilità della coppia intenzionale, ritenendo che essa non possa materialmente compiere la condotta di realizzazione menzionata nella norma, allora questo disegno di legge verrebbe ad ampliare l'area del penalmente rilevante per i fatti commessi fuori dai confini nazionali, con l'effetto paradossale che si punirebbero i committenti che hanno usufruito della pratica all'estero, ma non quelli che vi hanno fatto ricorso in Italia⁵⁸. Ciò si porrebbe in chiaro contrasto con il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* che impone di trattare nella stessa maniera situazioni sovrapponibili.

4) Infine, la proposta Candiani, a differenza delle altre due, vorrebbe indicare nel testo della norma la *ratio* del divieto, ossia il contrasto a qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini.

⁵⁶ In questo senso LOSAPPIO G., *Maternità surrogata* cit., p. 4.

⁵⁷ PELISSERO M., *Surrogazione di maternità* cit., p. 12.

⁵⁸ Pone l'accento su questo profilo problematico LOSAPPIO G., *Maternità surrogata* cit., pp. 5-6 secondo cui il tenore letterale dell'art. 12 c.6 L. 40/2004 attualmente vigente (e applicabile ai fatti commessi in tutto o in parte in Italia) non consentirebbe di annoverare la coppia committente tra gli autori del reato.

Su questo aspetto, il giudizio della dottrina non è unitario: per alcuni Autori⁵⁹, infatti, un simile riferimento consentirebbe la tipizzazione di un nuovo reato che darebbe veste giuridica al contrasto al c.d. turismo procreativo e che avrebbe una rilevanza sul piano del dolo specifico (consistente, appunto, nel traffico di gameti, embrioni ed esseri umani) e su quello dell'anticipazione della tutela. Chi condivide un simile giudizio, considera il P.D.L. 342 come l'occasione per meglio tipizzare il reato di maternità surrogata attraverso "elementi specializzanti" che ne orientino il disvalore verso le sole ipotesi di sfruttamento e commercializzazione del corpo di donne che, trovandosi in una condizione di fragilità economica, prestano il proprio utero dietro compenso, assumendosi tutti i possibili rischi per la salute che una gravidanza comporta. Una simile idea è estremamente condivisibile, in quanto guiderebbe ad una riscrittura del reato di maternità surrogata maggiormente rispettosa dei principi di offensività, tassatività e determinatezza ma, a parere di chi scrive, appare altamente improbabile che il legislatore colga una simile occasione a partire da un progetto di legge che, indubbiamente, risponde ad un'opposta tendenza panpenalistica.

Altri, invece, reputano che la menzione del "traffico commerciale di bambini" sia una scelta criticabile, in quanto introduce inopportuna nel testo della norma le motivazioni alla base della scelta legislativa, senza che ciò abbia concrete ricadute sulla fattispecie. Questo riferimento, infatti, non si ricollega né al dolo, né agli elementi oggettivi della condotta⁶⁰ e non consente nemmeno una migliore specificazione del bene giuridico tutelato⁶¹.

Più in generale, tutte le proposte tese ad universalizzare la giurisdizione italiana nelle ipotesi di maternità surrogata realizzata all'estero sono state coralmamente criticate dalla dottrina, per una serie di ragioni così riassumibili:

⁵⁹ In questo senso PASCULLI M.A., *Osservazioni* cit., p. 2. In particolare, l'Autrice si fa portavoce di una duplice proposta: 1) la ridefinizione della fattispecie ex art. 12 c. 6 L. 40/2004 per includervi le sole ipotesi di sfruttamento della donna e dei bambini; 2) l'introduzione di un elenco di fatti di reato per cui è prevista la giurisdizione universale italiana, in cui potrebbe essere introdotta anche la nuova versione riformata in senso liberale del reato di maternità surrogata, che accorderebbe in tal modo un'efficace tutela penale contro il mercato delle gravidanze anche per fatti realizzati in Paesi poveri ove il fenomeno non è sanzionato. Nel condurre questa operazione, viene espressamente richiamato come modello il disegno di legge n. 2881 proposto dall'on. Bulgarelli alla Camera dei deputati il 19 giugno 2002 e mai approvato, che intendeva assoggettare all'applicazione incondizionata della legge penale italiana alcune gravissime violazioni del diritto internazionale commesse dal cittadino italiano o straniero all'estero (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra).

⁶⁰ Ragionando diversamente, la punibilità della condotta è subordinata ad un acclarato collegamento tra la realizzazione della maternità surrogata e il commercio di bambini sanzionato dall'art. 602 c.p. Ciò, tuttavia, si pone in contrasto con lo scopo dichiarato di questa aggiunta, che intende introdurre una presunzione circa il carattere lucrativo della pratica surrogatoria, le cui ipotesi solidaristiche (in cui una donna presta il proprio utero per altruismo verso chi non può concepire) sarebbero irrealizzabili utopie.

⁶¹ A ben vedere, più che una specificazione, si concretizzerebbe uno stravolgimento del bene giuridico, non più ravvisabile nella tutela delle modalità tradizionali di concepimento (ritenute le uniche dignitose), ma nella protezione della libertà personale. Senza poi contare che una simile metamorfosi varrebbe solo laddove il fatto venga commesso all'estero e non nei casi già contemplati dall'art. 12 c. 6 L.40/2004, che non sarebbero per nulla incisi dal P.D.L. Candiani.

A) i disegni di legge puntano a realizzare un'efficace azione di contrasto attraverso il solo strumento penalistico che, tuttavia, è il meno adatto per garantire una omogeneizzazione interstatale tale da evitare la creazione di "rifugi genetici" che alimentano il turismo procreativo e fenomeni di *forum shopping*⁶².

B) Si vorrebbero giustificare i disegni di legge sulla base della sentenza della Consulta n. 162 del 2014 che, pur dichiarando incostituzionale il divieto di fecondazione eterologa, non ha inciso sul delitto *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004* che, quindi, rimane ancora pienamente valido. Ciononostante, anche volendo ritenere che il reato di maternità surrogata abbia superato il vaglio della Corte costituzionale (affermazione inesatta, dacché su questa fattispecie i giudici non si sono potuti esprimere, esulando dalla loro cognizione), le proposte di riforma attengono a un tema diverso, ossia l'ampliamento dell'ambito di validità spaziale della legge penale italiana⁶³.

C) Le proposte di riforma sono sostanzialmente inutili in quanto, già allo stato dell'arte, è possibile incriminare i committenti che abbiano realizzato integralmente all'estero il fatto tipico *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004*, purché sia avanzata apposita richiesta da parte del Ministro della giustizia. Con tutta evidenza, chi sostiene una simile critica presuppone che l'applicazione dell'art. 9 c.p. non richieda il requisito della doppia incriminazione⁶⁴.

Di conseguenza, con i disegni di legge in questione si vuole sanzionare incondizionatamente la maternità surrogata commessa all'estero, senza che sia necessaria né la doppia incriminazione, né la richiesta del Ministro della giustizia. A parere di alcuni, tuttavia, quest'ultima rappresenta una condizione di procedibilità non eliminabile, dal momento che, viste le forti connotazioni etiche della materia, la concreta punibilità della pratica surrogatoria dovrebbe essere sottoposta ad una valutazione di opportunità politica, da operare caso per caso e non all'obbligatorietà dell'azione penale.

D) Estendere l'ampio divieto di maternità surrogata previsto dalla legge penale italiana a fatti commessi all'estero, senza necessità della doppia incriminazione, costituirebbe scelta irragionevole, a maggior ragione tenuto conto del disomogeneo quadro regolatorio internazionale⁶⁵. Senza poi contare che, se il fatto non è previsto come reato in base alla *lex loci*, si rischia che l'incriminazione della maternità surrogata come

⁶² Muove una simile critica LOSAPPIO G., *Maternità surrogata cit.*, p. 2. Del resto, l'estensione unilaterale della legge statale oltre i confini nazionali collide con la necessità di un raccordo tra i vari Stati sull'individuazione delle pratiche di fecondazione assistita da sanzionare, magari attraverso una commissione interdisciplinare, auspicata a livello europeo. In questo senso CE, Racc. n. 1046 del 1986, § 12 e CE, Racc. n. 1110 del 1989, All. 9, § 12.

⁶³ Sembrerebbe ricavare la legittimazione dei disegni di legge dalla giurisprudenza costituzionale CAMERA DEI DEPUTATI, *Documentazione per l'esame di Progetti di legge: perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero AA.C. 342 e 887*, 22 marzo 2023, n. 76. Il giudizio critico è invece espresso da LOSAPPIO G., *Maternità surrogata cit.*, p. 3.

⁶⁴ È questa la posizione di GATTA G.L., *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in questa *Rivista*, 5, 2023, § 3, pp. 154-155 che, peraltro, ritiene che il P.D.L. Lupi risulti quello meglio formulato da un punto di vista tecnico, al contrario del P.D.L. Candiani, sovrapponibile al primo ma più ridondante. In ogni caso, l'Autore pone l'accento sulla forte "vocazione politico-identitaria" di tutti e tre i progetti.

⁶⁵ PELISSERO M., *Surrogazione di maternità cit.*, pp. 6-7.

reato universale rimanga solo un astratto proclama senza conseguenze concrete. Come si accennava in precedenza⁶⁶, infatti, per poter punire il fatto commesso all'estero è indispensabile la cooperazione giudiziaria dello Stato in cui si è realizzata la condotta: quest'ultimo, però, non fornirà alcun apporto se, in base alla propria legge, tale pratica risulta lecita⁶⁷. Del resto, la scelta di estendere la fattispecie *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004* viene da molti interpretata come espressione di un paternalismo volto ad orientare la moralità dei cittadini⁶⁸, frutto di una necessità etica che non trova fondamento né nel sentire sociale (visto l'alto numero di individui che ricorrono a questa pratica) né nella comunità internazionale.

E) Il c.d. utero in affitto costituisce reato molto meno grave rispetto ad altri, per i quali si riconosce l'applicazione incondizionata della legge penale italiana fuori dai confini nazionali (terrorismo, tratta di esseri umani, traffico d'organi, violenza sessuale), come si evince dalla pena detentiva abbastanza blanda, per non dire bagatellare. Sotto questo profilo, parificare il divieto di maternità surrogata a questi ultimi gravi delitti, introducendo una deroga alla disciplina generale dei reati commessi all'estero *ex art. 9 c.p.*, sarebbe sproporzionato, a maggior ragione vista la mancanza di uniformità di vedute tra Stati⁶⁹.

F) Il progetto di universalizzazione potrebbe produrre effetti pregiudizievoli (seppur non strettamente penalistici) sui bambini nati da una gravidanza surrogata, i cui diritti, invece, dovrebbero essere primariamente tutelati secondo un granitico e corale orientamento giurisprudenziale a livello costituzionale, convenzionale e di legittimità. Si creerebbe quindi un contrasto tra l'inasprimento del controllo penale e la disciplina civilistica sul riconoscimento degli atti di nascita formati all'estero, che si è sviluppata anche grazie all'apporto dei togati⁷⁰.

G) Nel dibattito politico, poi, si è affermato che, laddove la maternità surrogata divenisse reato universale, si condannerebbe la norma ad una censura da parte della Corte costituzionale per violazione del principio di laicità⁷¹. A parere di chi scrive,

⁶⁶ § 2.4., punto 5.

⁶⁷ Concordano sul punto MANNA A., *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come "reato universale"*, in questa *Rivista*, 18 luglio 2023, p. 3; GATTA G.L., *Surrogazione di maternità cit.*, pp.155-156.

⁶⁸ In questo senso PASCULLI M.A., *Osservazioni cit.*, § 2.3, p. 4.

⁶⁹ Condividono questo argomento, come quello del punto successivo, tutti i commentatori che si sono occupati del tema: MANNA A., *Brevi riflessioni de iure condendo sulla penale rilevanza della maternità surrogata*, in *Discrimen*, 23 marzo 2023, p. 1; GATTA G.L., *Surrogazione di maternità cit.*, §§ 7-8, p. 156; PASCULLI M.A., *Osservazioni cit.*, § 2.3, p. 4; PELISSERO M., *Surrogazione di maternità cit.*, pp. 8-9.

⁷⁰ Ci si riferisce in particolare alla soluzione prospettata dalla Corte costituzionale che, pur riconoscendo la non trascrivibilità dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero attraverso tecniche di maternità surrogata (conclusione funzionale a disincentivare questa pratica), è tesa a garantire l'interesse del minore al riconoscimento dei propri legami familiari tramite la predisposizione di veloci meccanismi di adozione da parte dei committenti. Sul punto, Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33. Sulla doverosità di introdurre un impianto normativo volto a tutelare il c.d. *best interest of the child* e la conseguente necessità di un uso parco e regressivo dello strumento penalistico, D'AMICO M., *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in *Osservatorio costituzionale*, 4, 1° agosto 2023, p. 4 e ss.

⁷¹ Ci si riferisce in particolare alla posizione del segretario nazionale del Partito Socialista Italiano, Enzo Maraio, che, commentando criticamente il disegno di legge Varchi, sembra porre su un piano di correlazione

tuttavia, questa osservazione non risulta decisiva per un duplice ordine di ragioni: un eventuale giudizio della Consulta dovrebbe soffermarsi prioritariamente su altri, ben più rilevanti e assorbenti, “archittravi” costituzionali, con cui sembra porsi in attrito il delitto *ex art. 12 c. 6 L. 40/2004*, come i principi di proporzionalità, determinatezza e offensività. Del resto, l’eventuale violazione della laicità potrebbe riscontrarsi nella sola scelta di incriminare le ipotesi surrogatorie solidaristiche, mentre per quelle animate da una finalità lucrativa, la volontà di sanzionare la reificazione del corpo non è esclusivamente suffragata da considerazioni di carattere ideologico-religioso. Inoltre, ammesso e non concesso che il delitto in questione costituisca una mera trasposizione giuridica di un divieto sostanzialmente religioso, il contrasto con il principio di laicità già sussisterebbe allo stato dell’arte e verrebbe solo amplificato dalle proposte di riforma, che incidono soltanto sull’ambito spaziale di applicazione dell’art. 12 c. 6 L. 40/2004.

Nonostante tali copiose osservazioni non propriamente favorevoli, il legislatore ha deciso comunque di proseguire per la propria strada: concluso l’esame da parte della Commissione giustizia, il disegno di legge c.d. Varchi è stato approvato dalla Camera il 26 luglio 2023 e trasmesso al Senato per la discussione anche in quel ramo del Parlamento.

4. Osservazioni conclusive: meglio lasciare l’ubiquità ai Santi per una piena valorizzazione del ben più efficace strumento cooperativo.

La specifica questione relativa all’estensione del delitto di maternità surrogata a fatti commessi all’estero consente alcune riflessioni più ampie in merito alle condizioni attraverso cui postulare una eventuale “trasferta” del diritto penale italiano oltre i confini nazionali.

Da questo punto di vista, la tendenza ad una giurisdizione penale universale, sganciata dall’appiglio territoriale, risulta addirittura meritoria quando si tratta di reprimere reati particolarmente gravi (come la violenza di genere) e aventi una vocazione transnazionale (come la criminalità organizzata e il terrorismo), anche se lo strumento preferibile sarebbe quello cooperativo, basato su convenzioni internazionali, sul modello del Trattato firmato a Roma nel 1998 con cui si è provveduto all’istituzione della Corte penale internazionale. Ancora più efficace, poi, sarebbe la creazione di uno spazio penale comune a livello europeo, non solo dal punto di vista sostanziale e processuale (con fattispecie di reato e regole procedurali valide in tutti gli Stati membri), ma anche attraverso la creazione di vere e proprie corti giurisdizionali europee competenti in materia penale, composte da magistrati provenienti da tutti gli Stati membri e selezionati attraverso un’apposita procedura concorsuale atta a verificarne l’idoneità e la specifica competenza giuridica.

questo principio e l’estensione della validità spaziale del reato di maternità surrogata: *“è stato dato il via libera dalla Camera per introdurre il reato universale per la maternità surrogata ed ora passerà al Senato. Il principio di laicità [...] non consente allo Stato di insinuarsi nelle vicende personali, ed è proprio qui che sta la differenza tra uno Stato etico e uno di diritto liberale”*.

Al contrario, si dovrebbero sopire le pretese universalizzanti relative a fattispecie di minor gravità, diversamente regolamentate a livello internazionale e aventi una forte vocazione etica, come nel caso della maternità surrogata.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**