

AUDIZIONE INFORMALE

Commissione Giustizia, Camera dei Deputati

Progetti di legge C. 306 (*Meloni e altri*) e C. 2599 (*Carfagna e altri*) in tema di maternità surrogata realizzata all'estero

13 gennaio 2021

Prof.ssa Marilisa D'Amico
Ordinario di Diritto costituzionale
Università degli studi di Milano

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. 2. Il contenuto dei due progetti di legge: analogie e differenze. 3. Sulla opportunità dell'intervento legislativo proposto alla luce del quadro normativo vigente. 4. Sulla legittimità costituzionale del ricorso allo strumento penale. 5. La punibilità del cittadino italiano in presenza di una condotta commessa all'estero: qualche spunto dalla giurisprudenza di legittimità. 6. Sanzione penale della condotta commessa all'estero e tutela del superiore interesse del minore. 7. Sulla conformità dei due progetti al sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. 8. Cenni in prospettiva comparata. 9. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa introduttiva*

La maternità surrogata o gestazione per altri è pratica oggetto di sanzione penale entro l'ordinamento giuridico italiano dal 2004.

Con l. n. 40 del 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, come noto, il legislatore ha introdotto la prima normativa specificatamente preposta alla disciplina delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita e, tra queste, vi ha incluso la c.d. surrogazione di maternità facendola oggetto di un divieto assoluto assistito da una sanzione penale sancito a norma dell'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004.

Dal 2004 ad oggi, pure a fronte delle numerose modifiche di cui è stata oggetto la l. n. 40 del 2004, il divieto assoluto di maternità surrogata non è mai stato oggetto di interventi modificativi, nè tramite proposte legislative modificative della norma di legge in esame, nè per effetto di pronunce della Corte costituzionale.

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

Ci si riferisce alla condizione del nato da maternità surrogata, realizzata all'estero dai genitori c.d. di intenzione. Il divieto assoluto di maternità surrogata ha, infatti, negli anni

indotto numerose coppie italiane, eterosessuali oppure omosessuali, a fare ricorso a tale pratica all'estero per poi richiedere la trascrizione del certificato di nascita estero entro l'ordinamento giuridico nazionale.

È sulle criticità legate alla non trascrivibilità del certificato di nascita estero del nato da maternità surrogata, che si sono incentrate le principali problematiche legate al divieto.

Si tratta di un fenomeno che ha avuto risonanza internazionale – si pensi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹ –, ma anche nazionale. Il riferimento è alla giurisprudenza di legittimità, sia civile sia penale, ma anche alla giurisprudenza costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione dell'art. 263 del codice civile nella parte tale norma non prevede “che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenne possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso”, e che la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata con sentenza n. 272 del 2017.

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

Lo scenario nazionale e sovranazionale offre, quindi, almeno due indicazioni: l'attenzione alle prevalenti esigenze di salvaguardia del c.d. superiore interesse del minore nato da maternità surrogata nel bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente e convenzionalmente rilevanti; l'assenza di pronunce sulla costituzionalità ma, anche, sulla convenzionalità della maternità surrogata così come del suo divieto, sia esso o meno assistito da apposita sanzione penale².

Si tratta, a questo punto, di verificare come le due proposte di legge all'esame si inseriscono in un quadro giurisprudenziale, che senza dubbio enfatizza come la problematica centrale legata alla maternità surrogata praticata all'estero è rappresentata dalla necessaria salvaguardia del nato da tale pratica.

Pure incentrandosi l'attenzione della giurisprudenza sullo *status* del nato da maternità surrogata, appare inoltre fondamentale segnalare le altrettanto pesanti ripercussioni che la pratica in questione è suscettibile di riverberare nei confronti delle donne, risolvendosi la maternità surrogata il più delle volte in uno strumento di sfruttamento e di commercializzazione della donna e del suo corpo³.

¹ Su cui si veda, *infra*, par. n. 7.

² Per un approfondimento sulle soluzioni adottate in alcuni ordinamenti, europei ed extraeuropei, si veda, *infra*, par. n. 8.

³ Contiene un riferimento espresso all'esigenza di assicurare un'adeguata salvaguardia ai diritti delle donne, la proposta di legge C. 2599 (Carfagna ed altri) nella propria relazione illustrativa.

Premessa una descrizione dei loro contenuti, ci si occuperà di alcuni aspetti specifici che interessano la conformità delle due proposte di legge rispetto ai principi costituzionali in tema di utilizzo dello strumento penale e di salvaguardia del superiore interesse del minore.

Qualche osservazione sarà, poi, dedicata ai rapporti tra il contenuto della riforma qui proposta e il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. Il contenuto dei due progetti di legge: analogie e differenze

I progetti di legge – C. 306 (Meloni e altri) e C. 2599 (Carfagna e altri) – muovono entrambi dalla volontà di irrobustire il sistema normativo vigente nei confronti della pratica della maternità surrogata, già assistita da apposita sanzione penale a norma dell'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, prevedendo la punibilità anche della condotta realizzata all'estero⁴.

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

Se comune appare la *ratio* dei due progetti, dalle relazioni illustrative traspare però anche qualche lieve differenza quanto alle ragioni che militano in favore dell'intervento modificativo proposto.

La proposta C. 2599 (Carfagna e altri) ancora la modifica legislativa all'esigenza di "tutelare in maniera omogenea negli ordinamenti nazionali e internazionali i diritti delle donne e dei bambini oggetto di sfruttamento e di mercificazione e porre fine a questa moderna forma di schiavitù". Pure dando conto della opportunità di un'azione congiunta a livello sovranazionale, la relazione illustrativa pone l'accento sulla indifferibilità dell'intervento legislativo che rende necessario che almeno lo Stato italiano appresti "un primo tassello per il contrasto di questa ignobile pratica". Il progetto di legge, quindi, lega a doppio filo punibilità della condotta anche se commessa all'estero da cittadini italiani alla doverosa salvaguardia dei diritti delle donne, oggetto di sfruttamento e di mercificazione del proprio corpo, e dei nati da maternità surrogata, equiparati a beni di scambio.

A differenza del progetto di legge C. 2599, la proposta C. 306 incede meno sulle esigenze di tutela delle donne e dei nati da maternità surrogata e sembra maggiormente orientata a rafforzare il sistema punitivo vigente come reazione alla natura altamente riprovevole della maternità surrogata. Obiettivo ultimo è, cioè, colmare un presunto vuoto normativo. Si legge, infatti, nella relazione illustrativa che: "[l]a legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, scritta in un tempo in cui non esisteva ancora il turismo procreativo, ha lasciato un *vuoto normativo*, nulla prevedendo in ordine alla liceità o no della

⁴ Si segnala che, già nel 2016, erano state presentate proposte di modifica delle l. n. 40 del 2004 rivolte a punire anche chi ha usufruito della pratica della maternità surrogata all'estero. In questo senso, si vedano i seguenti disegni di legge: S. 2296, C. 3684, S. 2270, C. 3814, C. 3770, C. 3756, C. 3686.

surrogazione di utero, e più in generale di maternità, attuata all'estero da cittadini italiani [*corsivo nostro*】”.

Accanto a queste divergenze quanto alla *ratio* dell'intervento legislativo proposto, le due proposte intervengono entrambe sull'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, prevedendo l'aggiunta al comma 6 di un nuovo periodo che, rispettivamente, così stabilisce:

- proposta C. 306: “[l]e pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero”;
- proposta C. 2599: “[i]l reato di surrogazione di maternità è perseguibile anche quando è commesso in territorio estero da un cittadino italiano”.

Solo la proposta C. 2599 limita l'applicabilità della nuova fattispecie incriminatrice alla condotta commessa all'estero del cittadino italiano, mentre il progetto C. 306 estende la punibilità della stessa indifferentemente nei confronti del cittadino italiano oppure dello straniero.

Una ulteriore differenza riguarda, poi, la riferibilità della sanzione di cui alla proposta C. 306 a tutte le condotte tipizzate dall'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 e, cioè, la realizzazione, la organizzazione, la pubblicizzazione o la commercializzazione della maternità surrogata; mentre, viceversa, risulta meno chiaro nella proposta n. 2599 se la punibilità della condotta commessa all'estero dal cittadino italiano copra tutte quelle tipizzate dal comma 6 oppure solo alcune, ad esempio, soltanto la realizzazione della maternità surrogata, ma non anche la organizzazione, pubblicizzazione, commercializzazione della medesima. Su questo aspetto, valga osservare incidentalmente che la stessa scelta linguistica “reato di maternità surrogata” prescelta dal progetto C. 2599 potrebbe porre qualche criticità dal punto di vista dei principi costituzionali in materia penale e, in particolare, del principio di tassatività/determinatezza, non essendovi alcuna norma di legge che identifichi gli elementi che integrano la fattispecie incriminatrice richiamata dalla norma in esame.

Oltre a queste differenze (la *ratio*, la perseguibilità anche del cittadino straniero e non solo di quello italiano; la più precisa definizione delle condotte sanzionate), i progetti di legge, come premesso, sono accomunati dalla tipologia di intervento legislativo proposto, che prevede in entrambi i casi l'aggiunta di un periodo al comma 6 dell'art. 12, l. n. 40 del 2004, e, soprattutto, dalla scelta di ricorrere in entrambe le ipotesi allo strumento penale per fronteggiare il fenomeno del c.d. turismo procreativo.

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

Entrambi i progetti di legge omettono di chiarire se la sanzione penale sia da applicarsi soltanto alla maternità surrogata praticata all'estero a titolo oneroso, anche a quella realizzata a titolo gratuito oppure soltanto a forme della pratica in esame che presuppongano lo sfruttamento delle donne (e delle giovani donne). A fronte di tale impostazione, sembra pertanto doversi ritenere che l'intenzione dei proponenti debba intendersi come riferibile a qualsiasi forma di gestazione per altri praticata all'estero, a titolo gratuito e a titolo oneroso, espandendo così significativamente l'ambito di applicazione della nuova fattispecie incriminatrice.

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

Un primo aspetto sul quale soffermarsi attiene alla effettiva opportunità dell'intervento legislativo presupposto dalle due proposte di legge. Ci si chiede, in altri termini, se sia necessario o meno quel rafforzamento delle misure di contrasto del fenomeno della maternità surrogata di cui riferiscono entrambe le proposte e, ancora prima, se sia effettivamente rintracciabile quella lacuna normativa che denuncia in particolare il progetto di legge C. 306.

Con riferimento al secondo aspetto, non si ritiene che l'ordinamento giuridico italiano presenti una disciplina lacunosa in materia di maternità surrogata.

L'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 non si limita a vietare in modo assoluto il ricorso a tale pratica sul modello di quanto inizialmente prevedeva la legge n. 40 del 2004 con riferimento alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo. L'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 supera questa impostazione, optando per la sanzione penale di quattro condotte: la realizzazione, la organizzazione, la pubblicizzazione e la commercializzazione della maternità surrogata. Ci si trova, quindi, di fronte ad una condotta, o meglio, a più condotte collegate al fenomeno della maternità surrogata, che il legislatore ha scelto di includere nel novero delle fattispecie penalmente rilevanti. Una opzione che testimonia l'elevato disvalore sociale che l'ordinamento giuridico italiano mostra nei confronti della maternità surrogata.

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

Valga, inoltre, aggiungere che la legittimità costituzionale dell'impostazione accolta dal legislatore del 2004, nel senso di sanzionare penalmente il ricorso alla maternità surrogata, è stata confermata inequivocabilmente anche dalla giurisprudenza costituzionale.

Sebbene non si sia ancora pronunciata direttamente sulla legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, nella citata decisione n. 272 del 2017, la Corte costituzionale ha tuttavia avuto occasione di sottolineare "l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale"⁵ e definita alla stregua di una pratica che "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane"⁶.

Anche la questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte con sentenza n. 33 del 2021 non si proponeva di mettere in discussione la scelta punitiva accolta dal legislatore

⁵ Corte cost. sent. n. 272 del 2017, punto n. 4.3. del *Cons. in Dir.* Già la sentenza n. 162 del 2014, in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo aveva rigorosamente delimitato le due pratiche, ribadendo, seppure tra le righe, la legittimità costituzionale del divieto di maternità surrogata.

⁶ *Ibidem*, punto n. 4.2. del *Cons. in Dir.*

del 2004, ma, limitatamente, di adeguare la norma al fine di scongiurare che il ricorso a tale pratica, laddove lecita, si riverberi negativamente ai danni del nato.

4. *Sulla legittimità costituzionale del ricorso allo strumento penale*

Un ulteriore aspetto da indagare attiene alla appropriatezza, dal punto di vista della legittimità costituzionale, della scelta accolta da entrambe le proposte di legge all'esame di fare ricorso allo strumento penale⁷.

Come osservato, entrambi i progetti di legge prevedono la enucleazione di una nuova fattispecie incriminatrice, punendo la condotta realizzata all'estero dal cittadino italiano (oltre che dallo straniero, come prevede la proposta di legge C. 306, Meloni e altri).

Un primo elemento da evidenziare attiene alla conformità della impostazione proposta alla luce del principio costituzionale che impone il ricorso alla sanzione penale quale *extrema ratio*, ossia che ammette l'impiego dello strumento penale soltanto a fronte dell'"assenza o insufficienza o [...] inadeguatezza di altri mezzi di tutela"⁸. Il criterio della *extrema ratio* presuppone, cioè, che il legislatore "circoscriv[a...] l'ambito del penalmente rilevante"⁹, allo scopo di "ridurre la quantità di norme penali, e, così, [...] concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima *ratio*) di pochi beni, significativi od almeno importanti, per l'ordinato vivere sociale"¹⁰.

Non sembra che siffatte condizioni sussistano in relazione alla fattispecie, che le due proposte di legge assoggettano a sanzione penale.

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

Non si possono, infatti, sottacere le difficoltà probatorie legate all'accertamento della realizzazione della condotta oggetto di sanzione penale, specialmente se posta in essere in contesti ordinamentali che, viceversa, riconoscono come legittima la pratica in esame. Non è un caso, che l'estensione della punibilità di determinate fattispecie anche se commesse all'estero dal cittadino poggia di regola su un criterio di doppia incriminazione, cioè di comune disvalore prestato da più ordinamenti giuridici – in particolare, da quello nel cui territorio si consuma il reato – nei confronti della medesima condotta. Viceversa, la eterogeneità delle soluzioni vagliate dagli ordinamenti giuridici, europei ed extraeuropei, e l'ovvia circostanza che le coppie si recano presso Stati che ammettono il ricorso alla maternità surrogata, rende assai poco probabile l'effettiva perseguibilità penale della condotta.

⁷ Per un approfondimento sui profili più specificatamente penalistici, si rinvia a M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in *Sistema penale*, 2021, 1 e ss.

⁸ Corte cost. sent. n. 447 del 1998.

⁹ Corte cost. sent. n. 409 del 1989.

¹⁰ Corte cost. sent. n. 487 del 1989.

L'effetto della soluzione suggerita potrebbe essere anche del tutto controproducente rispetto alla finalità perseguita dalle proposte. A fronte del divieto penale, le coppie che abbiano fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata si troverebbero infatti costrette, al fine di aggirare la sanzione penale, a non richiedere più la trascrizione del certificato di nascita del minore nato da maternità surrogata nel registro dello Stato civile nazionale con la conseguenza che quest'ultimo si troverebbe sprovvisto di qualsiasi legame giuridico almeno con uno dei componenti della coppia.

La minaccia della sanzione penale, nel caso all'esame, non avrebbe alcuna efficacia deterrente, ma si tradurrebbe essenzialmente in un affievolimento dei livelli di tutela assicurati al nato all'estero da maternità surrogata in violazione dei principi costituzionali (e convenzionali), che impongono la salvaguardia dell'interesse del minore al quale deve essere assegnata prevalenza nel bilanciamento con gli altri diritti costituzionalmente rilevanti.

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

Di tutta evidenza, quindi, è l'irragionevolezza delle due proposte che apprestano degli strumenti del tutto incoerenti rispetto alla finalità che intendono perseguire: non solo il contrasto della maternità surrogata e del turismo procreativo ad essa connessa, ma anche del c.d. "commercio di bambini". Se l'obiettivo è la tutela dei nati da maternità surrogata, non è vietando penalmente la condotta posta in essere dai genitori che si salvaguarda lo *status* del minore.

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

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

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

Premesso che il legislatore non fornisce una definizione puntuale di maternità surrogata¹¹ e che la fattispecie oggetto di sanzione penale copre condotte tra di loro profondamente eterogenee (la realizzazione, la organizzazione, la pubblicità e la commercializzazione), un primo aspetto da considerare attiene alla applicabilità dell'art. 6 c.p., *Reati commessi nel territorio dello Stato*, nei suoi rapporti con l'art. 9 c.p., *Delitto comune del cittadino all'estero*, che, come noto, estende la potestà punitiva dello Stato anche nei confronti di alcune fattispecie delittuose commesse all'estero dal cittadino italiano. Si tratta, cioè, di distinguere quali sono le condotte che si realizzano entro il territorio dello Stato, quali all'estero e, ancora, quali siano state poste in essere solo parzialmente all'estero.

In questo caso, le difficoltà derivano dalla omessa delimitazione degli elementi che caratterizzano il fatto tipico; omissione che rende oltremodo complessa la delimitazione della condotta da isolare al fine della integrazione della fattispecie incriminatrice proposta dai due progetti di legge che, a sua volta, inficia la stessa efficacia della norma di legge di proposta introduzione.

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

L'art. 9 c.p. stabilisce l'applicabilità del diritto penale nazionale, in attuazione di un criterio di extraterritorialità, in relazione a fattispecie delittuose connotate da un elevato livello di disvalore sociale. La norma si applica, infatti, a reati puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Viceversa, la fattispecie prevista dall'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 non prevede un trattamento sanzionatorio così severo, prevedendo la pena della reclusione da 3 mesi sino a 2 anni, con la conseguenza che le due proposte di legge estendono l'applicazione della legge penale nazionale in relazione a condotte eterogenee e che non si caratterizzano per analogo disvalore sociale, con ciò frustrando la *ratio* di cui all'art. 9 c.p. che mira, viceversa, ad assicurare la punibilità solo di reati di particolare gravità qualora commessi al di fuori del territorio dello Stato.

Questa incongruenza tra la finalità perseguita dalla norma di nuova introduzione – contenere e arrestare il fenomeno del c.d. turismo procreativo – e i mezzi apprestati per il suo perseguimento – l'estensione della punibilità anche per alla maternità surrogata praticata all'estero facendo perno su una norma del codice penale introdotta per fronteggiare reati di tipo diverso e più gravi – pone alcuni dubbi sulla conformità delle due proposte di legge rispetto al principio costituzionale di ragionevolezza sancito a norma dell'art. 3, comma 1, Cost.

Da ultimo, e come già accennato, l'omessa definizione delle condotte oggetto di sanzione penale, che ripete il vizio originario della norma vigente che non fornisce una definizione di maternità surrogata, solleva alcune criticità con riferimento alla sua conformità

¹¹ Cosa che, di per se stessa, potrebbe porsi all'origine di alcune criticità sul piano del rispetto del principio costituzionale di legalità in materia penale e dei suoi corollari di determinatezza/tassatività. In questo senso, E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011, Tomo II, pp. 1537 ss.

rispetto al principio di legalità in materia penale e ai suoi corollari, cioè i principi di tassatività e di determinatezza.

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

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

Prima di soffermarsi più approfonditamente su questa più recente decisione, può essere utile dare conto dell'orientamento dei giudici comuni che hanno escluso, in ipotesi di maternità surrogata praticata all'estero, la integrazione delle fattispecie incriminatrici del reato di alterazione di stato *ex art. 567, comma 2, c.p.*¹² e di falsa attestazione o dichiarazione su qualità personali di cui all'*art. 495, comma 2, n. 2, c.p.*¹³, poiché sussisterebbe un obbligo di riconoscere il legame di parentela tra il minore e i genitori intenzionali.

In senso analogo, a distanza di qualche anno, si è pronunciata anche la Corte di Cassazione penale, con sentenza n. 13525 del 2016, che similmente ha escluso la ricorrenza del reato di alterazione di stato a fronte della richiesta dei genitori di ottenere la trascrizione del certificato di nascita formato all'estero a motivo, tra gli altri, della eterogeneità tra le normative dei due ordinamenti considerati in linea con il criterio della c.d. doppia incriminazione¹⁴.

Più di recente, sempre la Cassazione penale, è giunta sino a ritenere improcedibile il reato di maternità surrogata se realizzato all'estero¹⁵.

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

In definitiva, quindi, la Suprema Corte esclude la punibilità della maternità surrogata che si sia consumata integralmente all'estero e conferma, ancora una volta, l'impostazione della giurisprudenza di legittimità penale precedente che, di fatto, pare preordinata, correttamente, a preservare il legame di parentela intercorrente tra il nato e i genitori, ancorché di intenzione.

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

¹² Cfr. Trib. Milano, Sez. V pen., 15 ottobre 2013; Trib. Milano, 8 aprile 2014.

¹³ Cfr. Trib. Varese, 8 ottobre 2014.

¹⁴ Cfr., anche, Corte di Cassazione penale, sentenza n. 48696 del 2016 e n. 31409 del 2020.

¹⁵ Il riferimento è a Corte di Cassazione penale, sentenza n. 5198 del 2021.

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

Le due proposte di legge si dimostrano carenti su questo aspetto.

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

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

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

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

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

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

Nella decisione n. 347 del 1998, in tema di disconoscimento della paternità, la Corte aveva affermato significativamente che: “[n]on si tratta [...] di esprimersi sulla legittimità dell'inseminazione artificiale eterologa, nè di mettere in discussione il principio di indisponibilità degli status nel rapporto di filiazione, principio sul quale sono suscettibili di incidere le varie possibilità [...] offerte dalle tecniche applicate alla procreazione. [...]. Si tratta invece di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo

inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato [...] non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 della Costituzione, ma ancor prima – in base all’art. 2 Cost. – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità [...]”¹⁶.

Ancora, la Corte costituzionale ha ripreso analoga impostazione e lettura dei principi costituzionali in occasione della successiva decisione n. 494 del 2001, in tema di omesso riconoscimento di uno *status filiationis* ai nati da incesto, e, di recente proprio in relazione alla condizione del nato all’estero da maternità surrogata, nella sentenza n. 33 del 2021.

La decisione n. 33 del 2021 è chiarissima nel sottolineare la doverosità di interventi legislativi che garantiscano la tutela del nato da maternità surrogata, a prescindere dalla illiceità della condotta dei genitori, che non può mai ricadere e riverberarsi negativamente ai danni del minore. Si legge, così, nella pronuncia che: “[i]l compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell’individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco”¹⁷. E, invero, conclude la Corte, “[d]i fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, *nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore [corsivo aggiunto]*”¹⁸.

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

7. Sulla conformità dei due progetti al sistema della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo

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

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

¹⁶ Sempre in epoca precedente all’entrata in vigore della l. n. 40 del 2004, in senso analogo, si vedano Corte cost. sent. n. 341 del 1990 e sent. n. 429 del 1991. Più in generale, si vedano, anche, Corte cost. sent. n. 7 del 2013, n. 31 del 2012, n. 283 del 1999, n. 303 del 1996, n. 148 del 1992 e n. 11 del 1981.

¹⁷ Corte cost. sent. n. 33 del 2021, punto n. 5.9. del *Cons. in Dir.*

¹⁸ *Ibidem.*

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

L'importanza di simile impostazione va sottolineata, in questa sede, stante l'indifferenza che le due proposte di legge mostrano rispetto alla condizione giuridica del nato da maternità surrogata, pure a fronte dell'intento dichiarato di voler contrastare la pratica in discorso anche in ragione degli effetti pregiudizievoli che ne derivano ai danni dei minori coinvolti (così, in particolare, la relazione illustrativa al progetto di legge C. 1955).

A partire dalle famose pronunce contro la Francia (*Menesson c. Francia*¹⁹ e *Labassee c. Francia*²⁰), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, infatti, sempre adottato un approccio teso a riconoscere massima tutela al superiore interesse del minore.

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

In senso non dissimile va letta anche la pronuncia della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*²¹. L'assoluzione italiana, infatti, non poggia su un *overruling* dei precedenti resi contro la Francia, bensì sulla considerazione che la rimozione del nato, dopo 6 mesi, dalla famiglia di intenzione non può essere considerata lesiva del suo superiore interesse.

Anche la recentissima pronuncia contro l'Islanda, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*²², definita con una non violazione dell'art. 8 CEDU in relazione ad una vicenda sovrapponibile a quelle protagoniste dei casi francesi, si caratterizza per la peculiare attenzione che la Corte di Strasburgo riserva allo *status* del nato. In questo caso, a differenza che in *Menesson* e *Labassee*, il rifiuto opposto dalle autorità nazionali di trascrivere il certificato di nascita estero non è stato ritenuto in violazione dell'art. 8 CEDU a motivo del fatto che il minore è stato posto in affidamento alla coppia di genitori intenzionali con la conseguenza che, ad avviso della Corte europea, da un lato, lo Stato ha efficacemente tutelato il superiore interesse del minore e, dall'altro, non ha posto in essere condotte suscettibili di tradursi in una illegittima interferenza nel diritto alla vita familiare della coppia ricorrente.

Non contraddice l'orientamento ormai consolidato della Corte di Strasburgo nemmeno l'altrettanto recente pronuncia contro la Polonia, *S.-H. c. Polonia*²³, in cui una coppia omosessuale, dopo aver fatto ricorso alla maternità surrogata nello Stato della California negli Stati Uniti, si è vista rigettare dalle autorità nazionali la richiesta di riconoscimento della cittadinanza polacca per i propri figli. Ad avviso della Corte europea dei diritti dell'uomo, la non violazione dell'art. 8 CEDU si motiva, analogamente a quanto affermato nella pronuncia contro l'Islanda, in ragione dell'assenza di un pregiudizio sofferto

¹⁹ Corte Edu, *Menesson c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11.

²⁰ Corte Edu, *Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11.

²¹ Corte Edu, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12.

²² Corte Edu, *Valdís Fjölnisdóttir e altri c. Islanda*, 18 maggio 2021, ric. n. 71552/17.

²³ Corte Edu, *S.-H. c. Polonia*, 9 dicembre 2021, ric. nn. 46846/15 56849/15.

dai minori per effetto dell'omesso acquisto della cittadinanza polacca, essendo già cittadini statunitensi e israeliani.

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

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

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

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

In estrema sintesi, pertanto, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si ricava senza dubbio l'esistenza di una obbligazione positiva derivante dall'art. 8 CEDU che impone agli Stati contraenti e, quindi, anche all'Italia di assicurare il prevalente interesse del minore anche quando nato per effetto di una pratica vietata dalla Stato nel quale il bambino è destinato a sviluppare la propria esperienza di vita.

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

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

8. *Cenni in prospettiva comparata*

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

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

In particolare, solo sette Paesi – Armenia, Bielorussia, Georgia, Russia, Ucraina, Sudafrica – ammettono il ricorso alla maternità surrogata per fini commerciali oltreché solidaristici, mentre undici Stati - Regno Unito, Israele, Romania, Brasile, Portogallo, Argentina, Bangladesh, Thailandia, Australia, Grecia, Canada – escludono che essa possa essere praticata se non a titolo puramente gratuito²⁴.

A queste realtà vanno aggiunte l'esperienza statunitense, dove la disciplina in tema di surrogazione di maternità trova declinazione diversa a seconda dei singoli Stati²⁵, e le esperienze di India e Nepal che, pur consentendo la gestazione per altri anche retribuita, vietano che essa possa essere praticata a favore di cittadini stranieri.

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

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

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

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

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

Come si è anticipato, la Francia vieta espressamente il ricorso alla gestazione per altri con la legge n. 94-653/1994, statuendo la nullità di ogni accordo finalizzato al suo compimento²⁶ nonché la contrarietà della stessa all'ordine pubblico²⁷, prevedendo inoltre una sanzione penale per coloro i quali la favoriscano²⁸.

²⁴ Sul punto, di interesse è la mappa elaborata dal settimanale Internazionale nel marzo 2016 *I paesi in cui la gestazione per altri è legale e come funziona*. Essa è reperibile al link [I paesi in cui la gestazione per altri è legale e come funziona - Internazionale](#) (consultato in data 11 gennaio 2022)

²⁵ In Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachusetts, Vermont è lecita sia la gestazione per altri sia gratuita sia retribuita; mentre in New York, New Jersey, New Mexico, Nebraska, Virginia, Oregon, Washington è consentita solo se gratuita.

²⁶ Art. 16-7 della legge n. 94-653 del 1994.

²⁷ Art. 16-9 della legge n. 94-653 del 1994.

²⁸ L'art. 4 della legge n. 94-653 del 1994 interviene a modifica dell'art. 227-12 c.p., disponendo l'introduzione del seguente periodo: *“est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double”* e *“La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines.”*

Con riguardo alle sanzioni penali connesse alla surrogazione di maternità, il *Tribunal de Grande Instance* francese si è espresso circa l'impossibilità di estendere l'applicabilità degli stessi oltre i confini statali.

In particolare, con sentenza del 30 settembre 2004, il *TGI* di Créteil ha rigettato le accuse di violazione dell'ordine pubblico²⁹ rivolte ad una coppia recatasi in California per usufruire della gestazione per altri.

Nel caso di specie, il *Tribunale de Grande Instance* ha affermato l'inapplicabilità delle norme in tema di maternità surrogata nei casi in cui essa sia compiuta all'estero anche allorquando da cittadini francesi, ciò in virtù dell'art. 113-6 c.p.³⁰ il quale al primo comma dispone come la legge penale dello Stato sia applicabile ai soli reati commessi su territorio francese.

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

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

9. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto precede, può essere utile appuntare l'attenzione sulle principali criticità che si scorgono in relazione ai due progetti di legge all'esame.

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

Sotto altra angolazione, nel prevedere la estensione della potestà punitiva dello Stato, i due progetti di legge male si conciliano anzitutto con i criteri, che disciplinano la individuazione della legge applicabile e della giurisdizione competente in materia penale dettati dal sistema nazionale di diritto internazionale privato, come derivante dalla l. n. 218 del 1995, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*.

Parallelamente, la nuova fattispecie incriminatrice si dimostra difficilmente inquadrabile entro l'ambito applicativo dell'art. 9 c.p., in tema di punibilità di fattispecie di reato commesse all'estero dal cittadino italiano, che si riferisce in via esclusiva a fattispecie

²⁹ Sulla maternità surrogata quale problematica di ordine pubblico, nonché sulla portata della sentenza *TGI* del 30 settembre 2004, offre interessanti spunti M. X. Catto, *La gestazione pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?*, in, *Revue des droits de l'homme* n. 3/2013.

³⁰ L'art. 113-6 c.p. dispone: *la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis. Elle est applicable aux infractions aux dispositions du règlement (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, commises dans un autre Etat membre de l'Union européenne et constatées en France, sous réserve des dispositions de l'article 692 du code de procédure pénale ou de la justification d'une sanction administrative qui a été exécutée ou ne peut plus être mise à exécution. Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé.*

delittuose di tipo diverso e sanzionate con pene significativamente più severe, rispetto al c.d. “reato di maternità surrogata”.

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

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

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

Più opportuna, allora, data la dimensione globale del fenomeno, sarebbe piuttosto l’adozione di *polices* comuni di livello sovranazionale³¹. Non meno importante, è considerare che le proposte di legge, nell’estendere la punibilità della maternità surrogata praticata all’estero a prescindere dalle soluzioni normative accolte dagli altri ordinamenti giuridici, si disinteressano del criterio della c.d. doppia incriminazione che, viceversa, dovrebbe orientare le scelte punitive dello Stato limitando l’operatività del principio della extraterritorialità alle sole condotte che costituiscano reato anche secondo la *lex loci*.

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

Una postilla in chiusura. Rispetto ad un fenomeno che impatta in modo pesante sui diritti fondamentali delle donne, sarebbe preferibile che il legislatore si occupasse anche e, forse, anzitutto, della condizione delle donne e dei loro diritti; donne troppo spesso sfruttate e costrette a portare in grembo bambini non propri, nell’impossibilità di reagire diversamente alla condizione di fragilità sociale ed economica che le vede purtroppo protagoniste.

³¹ In questo senso, incidentalmente, si veda la relazione illustrativa di accompagnamento del progetto di legge C. 2599 (Carfagna e altri).