

UNIVERSALE, PARTICOLARE: LA MATERNITÀ SURROGATA TRA AMORE “SENZA CONFINI” E NECESSARI LIMITI DI LEGGE.

Maria Antonella Pasculli

Professoressa aggregata di Diritto penale, abilitata alle funzioni di professore di seconda fascia, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Abstract (It): L'articolo in questione nasce da una ponderata riflessione -per certi versi- trasversale (penale, civile, internazionale) sull'evoluzione della disciplina relativa alla maternità surrogata, di cui alla legge n.4/2004 ed i suoi recenti sviluppi in tema di *possibile* applicazione di giurisdizione penale universale. Il lavoro elabora ed approfondisce i profili critici, emersi in sede di audizione presso la Commissione Giustizia cui l'autrice ha partecipato, conferenti le scelte normative dei disegni di legge presentati, da adottare nell'esegesi costitutiva di una possibile ipotesi di responsabilità penale universale. Tuttavia, un'ipotesi costruttiva di reato *universale* per il divieto di maternità surrogata all'estero necessiterebbe di una strutturazione normativa della fattispecie, sia sotto il versante della extraterritorialità della legge penale italiana, sia in relazione alla prospettiva della “neo” offensività giuridica, con riverberi oltremodo rilevanti per l'area transitoria di applicazione.

Abstract (En): According to law n. 40/2004 about Gestational surrogacy, the present research will focus on recent parliamentary debate in order to reform the so-called Surrogate Motherhood. Several parliamentary initiatives suggest to legislate on extraterritorial application of Law 40/2004, meaning that law can apply to all States outside of Italy, or, as a last resort, on Universal jurisdiction of Law 40/2004, considering the so-called Surrogate Motherhood as universal crime for Italian Criminal System. This special “crime” would require a summary of doctrinal/dogmatic guidelines to address all under-investigated profiles, as well as universal jurisdiction, legal asset, transitional provisions.

SOMMARIO: 1. Dall'inizio alla fine: le premesse essenziali sulla legge n.40/2004; le ultime decisioni in sede parlamentare, in particolare il DDL S 475. - 1.1. Le condotte incriminate e l'evidente difetto di interminatezza. - 2. Osservazioni in tema di extraterritorialità della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero: effetti sostanziali di espansione normativa e non. - 2.1. La doppia incriminazione tra legalità e colpevolezza. - 2.2. Le indicazioni della giurisprudenza. - 3. Perché estendere la fattispecie ex art. 12, comma 6, l. 40/2004 al di là del territorio dello Stato. Personali considerazioni. - 4. La via della Costituzione tra aperture ideologiche e chiusure pratiche. - 5. Offensività delle fattispecie. - 6. Il particolare per l' Universale. L 'universale per il Particolare. Suggestioni conclusive.

1. Dall'inizio alla fine: le premesse essenziali sulla legge 40/2004; le ultime decisioni in sede parlamentare, in particolare il DDL S 475¹.

Le premesse argomentative in tema di “maternità surrogata” e varianti nel merito si collocano nell'alveo della complessità *etico*-giuridica che - da sempre- ha segnato le discussioni, la

¹ Il presente contributo costituisce il testo, ampliato e corredato di note, delle considerazioni, esposte in sede di audizione in Commissione giustizia della Camera dei deputati in data 26 aprile 2023.

“nascita”, l’emanazione del provvedimento relativo alla legge n.40/2004². Alla svolta dei suoi ventanni, l’articolato normativo, in specie, la sua estensibilità applicativa ha prodotto insoliti risvolti penalistici di matrice internazionale e/o universale, a seguito della diffusività estrema della pratica in Stati meno “religiosi” e più azezzi a forme allargate di maternità/paternità e famiglia, rispetto allo standard italiano³. Prova ne sono la molteplice produzione giurisprudenziale interna ed europea⁴, di cui *ultra*, nonché i recenti dibattiti parlamentari sulla rilevanza universale del “crimine”, in dirittura di arrivo verso - quanto meno - critiche chiusure della pratica/delle pratiche medicalmente assistite *aliunde* ed ovunque diffuse⁵.

L’articolo 12, comma 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, stabilisce che «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con

2 Cfr. Legge 19 febbraio 2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.*, in *Gazzetta Uff.*, Serie Generale n.45, 24 febbraio 2004. In tema di maternità surrogata l’analisi rimanda alle letture monografiche di A. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, Torino, 2022; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; M., CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni, La maternità surrogata al centro della questione di genere*, CIRSDe, Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere dell’Università degli Studi di Torino, Torino, 2019; V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella P.M.A.*, Giappichelli, Torino, 2019; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018; A. FERRATO, *La tutela penale del diritto a nascere*, CEDAM, Padova, 2017; A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012. Si vedano anche i lavori di E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo, Trattato di biodiritto*, II, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1537 ss.; S. PECORA, F. VETTORI, M. CINGOLANI, *Il sistema sanzionatorio della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, pp. 1084 ss.; M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, *ivi*, 2015, pp. 917 ss. Non da meno F. MANTOVANI, *Le nuove frontiere della bioetica*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1999, online. Più specificamente in ordine alla applicazione extraterritoriale della legge n. 40, T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all’applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all’estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1391 ss.; D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all’estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 1367 ss.

3 Cfr. A. D’ANGELO, *La famiglia nel XX secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 13. La diversificazione del modello familiare tradizionale porta con sé un fenomeno ormai consolidato nel panorama giuridico contemporaneo, traducibile nell’attestarsi a livello europeo ed extraeuropeo di una nuova forma di genitorialità sociale, per certi versi equiparata alla tradizionale genitorialità biologica.

4 *Ex pluris*, P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 851 ss.; DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita: la legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 428 ss.

5 Cfr. da ultimo, a seguito della votazione presso la Camera dei deputati in data 26 luglio 2023, con 166 voti a favore, 109 contrari, 4 astenuti, l’iter parlamentare del disegno di legge C.887, che ha assorbito le versioni alternative C.342, C.1026, è passato al Senato in data 3 agosto 2023. In tal sede sono in esame DDL S. 824, di iniziativa parlamentare (on Varchi)- *Modifica all’articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano*, dal titolo breve *Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità*, composto da un solo articolo, di cui al Dossier del 14 gennaio 2024. Si legga in parallelo il DDL S 475, dal titolo *Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità*, d’iniziativa dei senatori d’iniziativa dei senatori Romeo più altri, presentato in data 19 gennaio 2023. Antecedentemente per una ricostruzione dell’iter parlamentare delle varie iniziative vedi i Dossier *Documentazione per l’esame di Progetti di legge Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano AA.C. 306 e 2599*, n. 347, Camera dei Deputati, 22 settembre 2020; *Documentazione per l’esame di Progetti di legge Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità*

la multa da 600.000 a un milione di euro». Nel *Far West* della sterilità o della infertilità umana, dalle soluzioni *fantasiose* ai problemi riproduttivi *ante lege* - dalla filiera procreatica alle “mamme/nonne”, a titolo esemplificativo - si segnala l’essenza della fattispecie relativa alla surrogazione di maternità - Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) - come confine normativo agli “assalti” scientifici (o pseudo tali)⁶, per una maternità *sine limite legis, aetatis, generis*, presentando contenuti piuttosto equilibrati, dalle precipue caratteristiche giuridiche⁷.

Il passaggio al Senato ha consentito di ampliare le prospettive di modifica della disciplina relativa alla maternità surrogata nel DDL S 475, dove l’articolato proposto in sede di discussione accoglie le risoluzioni europee del 5 aprile 2011, sul quadro politico dell’Unione europea in materia di lotta alla violenza contro le donne; del 17 dicembre 2015, sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014, dove al paragrafo 115 si «condanna la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce; ritiene che la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l’uso del cor-

commesso all'estero AA.C. 342 e 887 n. 76, Camera dei Deputati, 22 marzo 2023.

Sulle criticità dei passaggi parlamentari relativi alle distinte varianti della modifica relativa all’art. 12, comma 6 l. n.40/2004, VALLINI, *Surrogazione di normatività. L’impianto dello sterile delitto di “gestazione per altri” in argomentazioni privatistiche*, in *disCrimen*, 15 ottobre 2020; M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, *Camera dei deputati*, in *Sistema penale*, 29 giugno 2021; recentemente G. LOSAPPIO, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, *ivi*, maggio 2023; A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come “reato universale”*, *ivi*, 18 luglio 2023; ID., *Brevi riflessioni de iure condendo sulla penale rilevanza della maternità surrogata*, in *disCrimen*, 23 marzo 2023. Sotto il profilo costituzionale M. D’AMICO, *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all’esame del Parlamento*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, 1 agosto 2023. In relazione alle possibili modifiche sistemiche, TIGANO, *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona*, in *Arch.-pen.*, 2022, n.3, online.

6 Vedi di recente anche P. DE GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *La crioconservazione umana verso il mercato non-regolamentato della vita. una analisi giuridica ed “economica” fra Italia e sistema legislativo britannico*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.4, 2022, pp. 1792 ss.

7 Per una ricostruzione semantica del concetto sono state utilizzate diverse definizioni: maternità surrogata, contratto di maternità, utero in affitto, gestazione per altri, accordi di riproduzione, dono del grembo. Anche in tale settore - come è noto- da sempre il linguaggio gioca un ruolo determinante nella concettualizzazione della surrogazione di maternità. Dire “gestazione per altri” è tutt’altra cosa che dire “utero in affitto”. Legare il concetto di affitto alla procreazione porta con sé l’idea, infatti, dell’oggetto e del commercio, mentre la definizione ‘per altri’ ci indirizza verso la variante *buonista*, che rende questa condizione non solo evolutivamente accettabile, ma anche -per certi versi - oltremodo ammissibile, emotivamente credibile. In questo contesto, pertanto, si è ritenuto opportuno utilizzare l’espressione *de qua*, che è la più diffusa e ha trovato origine dal caso ‘Baby M.’ sottoposto alla Corte Superiore del New Jersey . Cfr. sulle varie accezioni terminologiche vedi anche V. CIANCIOLO, *L’adozione dei bambini arcobaleno e l’ordine pubblico internazionale. Tanto tuonò che piovve! Nota a Cassazione Civile, Sez. Unite, 8 maggio 2019 n. 12193*, in *Osservatorio sul diritto di famiglia, Diritto e processo*, 1/2019, pp. 56 ss. Nello specifico sul caso “Baby M”, ovvero il rifiuto di consegnare la neonata e la successiva fuga della madre surrogata, nonostate stipula di formale contratto, in cui essa stessa si impegnava, una volta fecondata artificialmente con il seme del marito della coppia sterile, in primo luogo a condurre a termine la gravidanza ed a consegnare il nascituro, subito dopo il parto, rinunciando formalmente ai propri diritti di genitrice con l’accettazione che sul certificato di nascita apparisse il nome del padre biologico, la sentenza, pubblicata in *Family Law*, 1985, p. 191, trova il suo fondamento esclusivamente nell’interesse della bambina. L’*High Court of Justice*, infatti, non ha considerato affatto la vicenda relativa all’accordo di gestazione. La sentenza è stata commentata da G. PONZANELLI, *Il Caso Baby M., la “surrogate mother” e il diritto italiano* in *Foro it.*, 1988, IV, p. 97. In generale LOSAPPIO, *Voce Procreazione assistita*, in F.C.PALAZZO, C.E.PALIERO, (a cura di) *Commentario Breve alle Leggi penali complementari*, II ed., CEDAM, Padova, 2007, pp. 2051 ss.

po umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei Paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani»; del 13 dicembre 2016, sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015, dove al paragrafo 82 si «condanna qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali»; del 12 dicembre 2018, sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2017, dove al paragrafo 48 si chiede nuovamente di «far fronte alle violazioni dei diritti umani correlate alla gravidanza surrogata»; infine, più recentemente, al paragrafo 9 della risoluzione del 26 novembre 2020, sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea - relazione annuale 2018-2019, dove si condannano fermamente tutte le forme di violenza, tra cui la maternità surrogata forzata; e del 17 febbraio 2022, su diritti umani e democrazia nel mondo - relazione annuale 2021, che al paragrafo 60, «condanna la pratica commerciale della maternità surrogata, un fenomeno globale che espone le donne di tutto il mondo allo sfruttamento e alla tratta di esseri umani prendendo di mira, nel contempo, soprattutto le donne finanziariamente e socialmente vulnerabili; evidenzia il suo grave impatto sulle donne, sui loro diritti e sulla loro salute e uguaglianza di genere, e sottolinea le sue implicazioni transfrontaliere; chiede un quadro giuridico europeo per affrontare le conseguenze negative della maternità surrogata a fini commerciali»⁸.

Il testo DDL S 475, inoltre, si presenta maggiormente strutturato rispetto al DDL S. 824, di iniziativa parlamentare, introducendo all'art. 1. una *essenziale* definizione di maternità surrogata quale «pratica riproduttiva mediante la quale gli adulti ottengono prole, delegando la gravidanza e il parto a una donna esterna alla coppia, che si impegna a consegnare loro il nascituro», ben declinando all'art. 2 una serie di «principi e finalità», indirizzati «alla tutela dell'interesse prioritario del minore» e della «dignità della donna», - come espressamente indicato nella sentenza n. 272/2017 Corte cost., costituzionalmente orientati in teoria e in pratica ex artt. 2, 3, 29, 30, 31 e 32 Cost. ed, infine, rispettosi delle indicazioni internazionali di cui alle risoluzioni europee *supra* richiamate, nonché alle convenzioni internazionali in tema⁹. Il disegno dal titolo *Norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità* si chiude all'art. 3 con una sorta di ulteriore pan-penalizzazione, espressa da proposta inclusiva della fattispecie ex 600-*quinquies*.1c.p., *Surrogazione di maternità*, che ricalca al primo comma la formulazione normativa ex art. 12 comma 6 l. 40, stabilendo al secondo comma l'espressa perseguibilità del reato se commesso in tutto o in parte all'estero ex art. 604 c.p. La disposizione presenta anche due commi afferenti alle modalità processuali con espresso riferimento al pubblico ministero, che formula l'imputazione ai sensi dell'articolo 405 del codice di procedura penale, al presidente del competente tribunale per i minorenni per ogni valutazione di competenza al fine della adottabilità del nato da maternità surrogata (comma 3); nonché alla imputazione di *alterazione di stato* ex art. 567 c.p., incombente sul pubblico ufficiale, che annoti nei registri dello stato civile il nato da maternità surrogata (comma 4).

1.1. Le condotte incriminate e l'evidente difetto di interminatezza.

La surrogazione di maternità si attesta come un delitto «comune», non riferendosi a soggetti dotati di speciali qualificazioni giuridiche ed eludendo - a priori - relazioni affettive di fatto o in diritto¹⁰. Per la qualifica di soggetti attivi del reato nessuna rilevanza penale, infatti, incombe sull'individuo che richieda o pratichi la surrogazione in qualità di *single* o inserito in

⁸ Vedi fascicolo *iter* atto Senato 475 sul sito del Senato.

⁹ Cfr. Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, ratificata ai sensi della legge 14 marzo 1985, n. 132, nonché alla Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176, e alla Convenzione supplementare relativa all'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù, ratificata ai sensi della legge 20 dicembre 1957, n. 1304.

una realtà di coppia legale o fattuale e/o, nello specifico, se si tratti di una coppia eterosessuale o omosessuale. L'evoluzione socio-relazionale, come processo di trasformazione reale della "fenomenologia" di coppia, unitamente all'ampia valenza del principio di uguaglianza, comporterebbe afflitti discriminatori, qualora si conferisse predominanza all'orientamento sessuale di taluni soggetti rispetto al bene giuridico protetto dalla norma, quale la dignità della persona umana, nella manifestazione specifica dell'interesse del nascituro. Fino a prova contraria un elemento estraneo al diritto penale non potrebbe mai incidere sulla tutela degli interessi protetti dalla norma, soprattutto se di rango costituzionale¹¹.

La strutturazione dai penali intenti - nonostante tutto - quale delitto "di pura condotta", integrato per il solo fatto di realizzare, organizzare o pubblicizzare la maternità surrogata, non essendo necessario, ai fini sanzionatori, che la maternità sia portata a compimento con il parto, né che il/i bambini nati siano assegnato/consegnati di fatto o di diritto ai committenti, si configura a condotte alternative. Tre, nello specifico, anche se sia sufficiente il verificarsi di una soltanto al fine della consumazione del reato. Nel tracciare le linee criminogene della maternità *dissociata*, dai bordi offensivi "sfilacciati", corrosa da una inteterminatezza congenita¹², risulta pertanto determinante l'*input* legislativo rivolto ad una definizione possibile (come all'art. 1 DDL S 475), ma certa, in cui identificare - sotto il profilo della *precisa* tassatività - che cosa significhi maternità surrogata e, di conseguenza, perché venga punita secondo la disciplina del diritto penale (vedi *supra* possibile introduzione dell'art. 600 *quinquies* 1.c.p.).

La prima possibile condotta, rappresentata dalla realizzazione di pratiche di surrogazione

10 Se si accogliesse una matrice restrittiva della soggettività attiva, autori del reato sarebbero solo gli operatori sanitari - dal primario all'ultimo paramedico di struttura medica coinvolta. Ciò agevolerebbe l'individuazione di chi effettivamente realizza le pratiche di fecondazione medicalmente assistita, ma renderebbe complessa l'interpretazione esegetica del costruito normativo, legato al "chiunque". Nel dettaglio della ricostruzione della *matrix* relativa alla genitorialità si legga con attenzione E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.1, 2019, pp. 233 ss.

11 Cfr. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, cit., con maggiori dettagli sulla bigenitorialità - tradizionale e non tradizionale *ex l.* 40/2004, per cui nel rispetto del diritto civile - passato indenne tra le varie riforme «in linea tendenziale il bambino ha una madre ed un padre, o, ancora meglio, ha quella madre e quel padre, e, nella fisiologia del rapporto genitoriale, questa duplicità di figure genitoriali corrisponde a ciò che, oggi, si definisce *the best interest of the child*. (uno più uno), mentre la bigenitorialità è concetto che non può essere adattato alle coppie omosessuali. La "genitorialità" nelle coppie *same sex* implica sempre e necessariamente la presenza di un terzo soggetto: a due donne deve aggiungersi un uomo, a due uomini deve aggiungersi - quanto meno - una donna (uno più uno più uno) (pp.237-239, *passim*). Inoltre, La fecondazione eterologa non cambia i numeri: sempre 1 padre (*numquam* genitore in tal caso) + 1 madre *semper certa*. Ai sensi dell'art. 5 l. 40/2004, infatti, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita - oggi anche eterologa - solo coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi. Nelle coppie *same sex*, per contro, le figure genitoriali solo fittiziamente sono 2, in realtà sono 1 - 1 + 1, il cui risultato, matematicamente parlando, in tutta evidenza non può essere uguale a 1 + 1. La omogenitorialità, allora, per definizione lede il migliore interesse del minore, di qualsivoglia minore, perché ab origine lo priva o della mamma o del papà, ledendo il suo diritto fondamentale alla doppia figura genitoriale (240-2, *passim*)». Vedi anche S. MESSINA, *Il riconoscimento della famiglia omogenitoriale spetta al legislatore*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.4, 2021, pp. 1541 ss. (Nota a Corte Costituzionale, 4 novembre 2020, n.230).

12 Il richiamo è a VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, cit., 5, pp. 139 ss. Sulla dissociazione di maternità vedi anche TIGANO, nella trattazione monografica *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., p. 348, nota 3, che illustra le pratiche *naturali* (ben)conosciute, già presso diverse culture antiche, come quella ebraica. «L'Antico Testamento, oltre ad attestare forme arcaiche di adozione, come quella di Mosé da parte di Bithia, figlia del faraone, fa dei cenni a pratiche "naturali" di surrogazione di maternità, come nel caso di Sara che convinse Abramo a concepire un figlio con la propria schiava, o di Giacobbe che concepì due figli con la schiava della moglie Rachele». Lo stesso dicasi in ordine all'indeterminatezza dell'espressione, 350 ss.

di maternità, ossia condurre una gestazione per conto di un terzo, con l'impegno di consegnare il nato al terzo stesso (o altro soggetto dal medesimo indicato nella contrattazione formale)¹³. La condotta *de qua* si caratterizza attraverso un duplice passaggio esecutivo: la conduzione della gestazione da parte di una donna (scelta, coinvolta); l'impegno della stessa a consegnare il neonato al soggetto - di differente caratura -, per conto del quale ha portato avanti la gestazione, privandosi di tutti o alcuni diritti ordinariamente riconosciuti alla partoriente. La variabile delittuosa si traduce in quel fenomeno di sostituzione, che della surrogazione costituisce etimologicamente parte¹⁴.

La condotta risulta tipicamente integrata mediante l'utilizzo di tecniche mediche (fecondazione artificiale dell'ovulo della gestante con il gamete del committente o di un terzo, impianto nella gestante di un ovulo del committente o di un terzo). Trattandosi, tuttavia, di un reato a forma libera - per espressa indicazione normativa - non deve escludersi che la surrogazione possa essere realizzata tramite condotte per così dire *naturali* anche da un punto di vista criminologico, laddove sussista l'impegno a consegnare il nato a un terzo, che lo ha commissionato (leggasi traffico di minori) o eventualmente allo stesso genitore biologico, privandosi dei diritti che l'ordinamento di regola riconosce alle partorienti¹⁵.

13 VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., pp.142 ss. sul tentativo di ricostruire una fattispecie indeterminata.

14 C. VARANO, *La maternità surrogata e l'interesse del minore: problemi e prospettive nazionali e transnazionali*, in *Famiglia e diritto* 8-9/2017, pp. 825 ss. La "maternità per sostituzione" è una particolare tecnica di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA), attraverso cui le donne si prestano ad intraprendere e portare a termine una gravidanza, per partorire un figlio non per sé, ma per altri. Diverse, invece, sono le modalità con cui si può realizzare un progetto di filiazione tramite la maternità surrogata. Nello specifico, la madre surrogata può impegnarsi a svolgere sia il solo ruolo di gestante (c.d. "madre incubatrice"), quando l'embrione annidato nel suo utero è formato da materiale genetico (seme e ovocita) fornito dai committenti o da donatori/donatrici estranei, sia il ruolo completo di generatrice (c.d. "madre vicaria"), quando oltre alla gestazione è anche donatrice dell'ovocita. «La varietà delle forme con cui in concreto può avvenire la surrogata materna da luogo ad una serie di scenari con gradi crescenti di complessità. Infatti, mentre nelle ipotesi di madre incubatrice la donna committente che ha fornito l'ovocita può comunque essere qualificata come "madre genetica", nei casi di madre vicaria la sola madre naturale è quella che, accettando l'inseminazione, ha contemporaneamente fornito il proprio gamete e portato avanti la gravidanza. La situazione si complica ulteriormente quando l'ovocita fecondato appartenga a una terza donna che ne abbia fatto donazione, poiché in tal caso emergono addirittura tre possibili distinte figure materne: la madre committente, quella gestazionale o partoriente e quella genetica, ossia la madre cui appartiene il materiale genetico. Si noti, poi, che in ognuno di questi scenari è possibile che l'uomo committente sia il padre genetico del bambino, qualora abbia fornito lui il gamete, ma può darsi pure l'ipotesi, ancor più complessa, nella quale neppure il seme maschile provenga dalla coppia committente». Così C.A.VALENZA, *L'itinerario italiano della maternità surrogata nel quadro di una giurisprudenza evolutiva: linee di una soluzione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana No 17 bis, dicembre 2022*, pp. 756 ss. Vedi anche A.SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, pp. 1539 ss., secondo cui i tre momenti delineati - quello della pattuizione, quello dell'esecuzione della metodica procreativa, e quello della consegna del bambino - concorrono tutti a definire la pratica in questione: «Realizzare una surrogazione di maternità significa dunque, non già soltanto eseguire l'intervento medico pur necessario alla fecondazione della madre surrogata, ma compiere altresì tutte quelle altre attività (dal previo accordo alla successiva consegna) senza le quali lo stesso intervento medico avrebbe un senso completamente diverso» (p. 1548).

15 VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 143, *passim*, la "surrogazione di maternità", unico elemento costitutivo di fattispecie, può essere infatti inteso in modo ampio o in senso stretto, totale o parziale: «la "surrogazione di maternità" è la concreta esecuzione della pratica? In tal caso quando si perfeziona con l'istaurarsi della gravidanza, con la nascita, con la consegna del neonato, oppure con la stipula del contratto di surrogata della maternità?». Vedi anche TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., nell'interpretazione esegetica del concetto di surrogazione di maternità, 360 ss., e sui presupposti incriminanti della cessione, pp. 383 ss.

Le ultime, citate, penalistiche declinazioni del delitto di surrogazione di maternità colgono un rapporto di specialità reciproca rispetto ai delitti in materia di affidamenti illeciti dei minori (artt. 71 ss. della l. n. 184/1983), trovando la propria specificità nell'essere l'affidamento illecito a un terzo programmato fin da prima della nascita e risultando, dunque, le altre fattispecie applicabili agli affidamenti illeciti decisi dopo il parto¹⁶. Non rileva, a tal fine, la circostanza che la consegna del nato possa eventualmente avvenire a una certa distanza di tempo dopo la nascita, al fine di consentire alla madre surrogante l'allattamento del nato, pur essendo l'impegno alla consegna programmato fin da prima della nascita.

Il reato di surrogazione di maternità concorre, inoltre, con quello di alterazione di stato, laddove la vicenda non venga esattamente dichiarata in sede di formazione di atto di nascita (art. 567, comma 2 c.p.)¹⁷, come nelle ultime evoluzioni normative in corso di discussione al Senato.

La fattispecie incriminatrice non conferisce alcuna rilevanza al fatto che l'impegno della gestante a consegnare il nato al committente o a un terzo avvenga a titolo oneroso o non oneroso: il carattere commerciale o meno della surrogazione di maternità risulta, quindi, del tutto irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di reato. Il maggior disvalore connesso ai casi di impegno prestato a titolo commerciale (utero in affitto) sarà - al massimo - determinante in sede di graduazione della pena: a tal riguardo, nessuna distinzione sussiste tra i casi in cui il carattere commerciale dell'impegno abbia luogo per effetto di un rapporto sinallagmatico (corrispettivo per la gestione condotta per conto del terzo) oppure di rimborso delle spese (che, peraltro, al corrispettivo di regola si avvicina e deve ritenersi fiscalmente trattabile in modo identico)¹⁸. La formulazione in termini di rimborso spese di fatto potrebbe considerarsi come fenomeno spia di trattative economiche più onerose e più degradanti della prestazione *surrogatoria*. Il riferimento - di cui *ultra-* è alle cosiddette agenzie di intermediazione, che, pur formalmente rivolte alla tutela degli interessi in gioco, celano speculazioni ad ampio spettro nei confronti soprattutto dei "soggetti deboli" - vittime del reato a tutti gli effetti -, quali le giovani madri di paesi non europei, a bassa valutazione della prestazione effettuata o da effettuare.

Tale prima situazione - esponenzialmente *delittuosa*¹⁹ - rimanda alla seconda condotta di cui al divieto di surrogazione di maternità, rappresentata dalla realizzazione di atti volti a rendere concretamente possibile un fatto di surrogazione di maternità, come, ad esempio, il mettere/mantenere in contatto la gestante con il committente o l'adoparsi per conferire profili di vincolo giuridico all'impegno della gestante di consegnare il nato al terzo/ai terzi. Anche in questo caso, il carattere commerciale o meno, occasionale o professionale, dell'organiz-

16 Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 144; TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., p. 384, nota 69.

17 Sui rilievi critici sulla punibilità dell'alterazione di stato civile del minore partorito all'estero da madre surrogata, TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., pp. 405 ss. Da ultimo, M. R. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *giustiziainsieme.it*, 2023.

18 Cfr. si legga l'evoluzione giurisprudenziale sulla *Nullità del contratto di maternità per contrarietà a norme imperative e ai boni mores*, nonché i profili relativi alla *Legittimità dell'accordo di maternità surrogata in assenza di corrispettivo*, con conseguente *Meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti*, analizzata da A. GATTO, *Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.3, 2015, pp. 1091 ss. Vedi anche VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 147 sulla non necessaria distinzione tra commercializzazione di gameti ed embrioni e gli scopi solidaristici della "prestatrice d'utero"; *ultra* sulla *ratio* della incriminazione ex art. 12, comma 6, l. 40, pp. 152 ss.

19 Sul carattere necessariamente plurisoggettivo della fattispecie, TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit. pp. 386 ss.

zazione di pratiche di surrogazione di maternità risulta del tutto irrilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di reato, che in tutti i casi sarà consumato.

La *climax* - discendente - della terza ipotesi, non di meno criminosa, consiste nella divulgazione al pubblico di informazioni circa la possibilità di organizzare un fatto concreto di surrogazione di maternità, come, ad esempio, segnalando al pubblico la presenza di agenzie che gestiscano attività di intermediazione tra soggetti interessati a commissionare la maternità e soggetti interessati a condurre una gestazione per conto di terzi, nonché di agenzie che realizzano le pratiche mediche a tal fine necessarie²⁰.

Le variabili della fattispecie rendono limitante la soglia di anticipazione della tutela *ex art.* 56 c.p. Nella stessa maniera in cui risulti indeterminato il momento iniziale e/o costitutivo del reato relativo al divieto di pratica di surrogazione della maternità, ci chiediamo come sia possibile asserire con certezza -giuridica- quando vengano posti in essere atti idonei e diretti in modo non equivoco a compiere le condotte incriminate *ex art.* 12, comma 6, l. 40, anche se la surrogazione non viene conclusivamente effettuata, oppure quando la sua organizzazione non venga portata a termine ed, infine, la pubblicità non sia divulgata. Indispensabile in tal senso un distinguo ulteriore tra l'ideazione connessa alla pratica di surrogazione di maternità e il progetto *condiviso* di surrogazione di maternità²¹.

Nel primo caso, infatti, il semplice accordo può risultare insufficiente sotto il profilo della idoneità ed univocità per ciò che concerne le fasi iniziali della procedura, che non intaccano in alcun modo l'esecuzione medica dell'impianto, della gestazione, del parto, della consegna ai genitori committenti del neonato. Nel secondo caso, viceversa, la direzione finalistica dell'accordo si concretizza nei contenuti e nelle modalità esecutive delle pratiche surrogatorie, con esplicita indicazione delle prestazioni e dei termini delle stesse, per cui appare proponibile una soglia di anticipazione della tutela nella forma del tentativo (compiuto/incompiuto), qualora si pongano in essere atti diretti in modo non equivoco alle pratiche di commercializzazione o meno surrogatorie della maternità ai sensi della prima variabile criminosa. Lo stesso dicasi quanto all'organizzare o pubblicizzare tale pratiche. L'*iter* criminoso deve comprendere un progetto da spiegarsi *in itinere*, non una condotta *sic et simpliciter*, per cui - pur se difficilmente dimostrabile - non è escludibile a priori una forma tentata.

L'indeterminatezza della fattispecie riverbera i suoi effetti moltiplicatori sui soggetti coinvolti - non sempre facilmente individuabili - nella realizzazione delle pratiche di maternità surrogate dalle molteplici manifestazioni. Tutti i soggetti coinvolti nella realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione, a qualsiasi titolo, si presentano di fatto come concorrenti nel reato e come tali risultano punibili, in base ai generali principi del concorso *eventuale*, a condizione che sussista l'elemento soggettivo del dolo, ossia della consapevolezza e volontà di realizzare, organizzare o pubblicizzare una surrogazione di maternità, nello specifico «l'esecuzione di un condiviso disegno di surrogazione»²².

In particolare, nei casi della prima condotta (realizzazione della surrogazione di maternità

20 «Maggiori difficoltà esegetiche si riscontrano in relazione al delitto di pubblicizzazione, ove, in mancanza di una clausola che specifichi se vada punita la pubblicizzazione “della richiesta” o “dell’offerta” della surrogazione di maternità, all’interprete non resta che interpretare l’oggetto della condotta come alternativamente riferibile alla disponibilità della madre biologica o a quella della madre sociale». TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., p. 388.

21 VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., p. 144; TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., pp. 386-7.

22 VALLINI, *Ibidem*, pp. 144-5; DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, cit., p. 1553. Vedi inoltre A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.2, 2017, pp. 472 ss., in specie § 4.

tà), concorrono certamente nel reato il committente della maternità surrogata e la donna che mette a disposizione il suo corpo per condurre la gestazione con l'impegno di privarsi di tutti o alcuni diritti regolarmente spettanti alla partoriente²³. Potranno, inoltre risultare punibili, qualora consapevoli che la propria opera si inserisca in un contesto di surrogazione di maternità: l'eventuale professionista che compia la fecondazione artificiale dell'ovulo della gestante o che impianti nella gestante l'ovulo proveniente da un terzo; il terzo destinatario del bambino, laddove diverso dal committente, quando consapevole che la surrogazione sia stata commissionata nel suo interesse²⁴.

La configurabilità del concorso anche a titolo omissivo, da parte dei soggetti su cui eventualmente incomba un obbligo giuridico di garanzia che il bene giuridico protetto non venga leso, lascia molte questioni sospese, soprattutto per il moltiplicarsi delle eventuali posizioni di protezione nella realizzazione o meno del progetto condiviso di maternità²⁵. Si pensi, in particolare, ai responsabili delle cliniche ove vengano praticati atti funzionali alla surrogazione di maternità ovvero ai soggetti investiti dall'ordinamento dall'obbligo di verifica sulle pubblicità e sugli eventi promozionali che si svolgono sul loro territorio, ove necessario autorizzandoli.

2. Osservazioni in tema di extraterritorialità della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero: effetti sostanziali di espansione normativa e non.

In sede di discussione parlamentare presso la Camera dei Deputati²⁶, le tre proposte *ab initio* presentate si caratterizzano per omogeneità di struttura (un solo articolo), parzialmente

23 «A seconda delle tecniche utilizzate, la donna si impegna a svolgere: solo il ruolo di gestante (madre incubatrice), dato che l'embrione annidato nel suo utero è formato da materiale genetico (seme e ovocita) fornito dai committenti o da donatori/donatrici estranei; il ruolo completo di generatrice (madre vicaria), dato che oltre alla gestazione è anche donatrice dell'ovocita. Se nella fattispecie della madre incubatrice la donna committente che ha fornito l'ovocita può essere qualificata come la 'madre genetica', nella fattispecie della madre vicaria è la donna che ha accettato l'inseminazione a essere la sola madre naturale del nato, perché essa ha contemporaneamente fornito il proprio gamete e portato avanti la gravidanza. Una circostanza che può essere comune alle due situazioni è che l'uomo committente sia il padre genetico del bambino, qualora abbia lui fornito il gamete. In ogni caso le motivazioni di un tale accordo sono generalmente due: di lucro o meramente altruistiche, a seconda che vi sia o non vi sia un corrispettivo in denaro». Così L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.1, 2017, pp. 139 ss.

24 «Posto che i protocolli di PMA si caratterizzano per una pluralità di fasi spesso distanti nel tempo, coinvolgenti talora soggetti differenti, di variabile gravosità e dagli esiti non tutti prevedibili, con necessità di adeguamento *in itinere* del trattamento, opportunamente il legislatore richiede che il dialogo con il medico si prolunghi e si ripeta durante ognuna di queste fasi. D'altronde i genitori, anche nei casi ordinari, possono effettivamente comprendere e valutare i contenuti delle procedure mediche cui saranno sottoposti non *ex ante* («dovrebbero prima prendere un paio di lauree») ma solo via via che i passaggi si fanno attuali e le loro implicazioni sensibilmente percettibili». VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit., pp. 161 ss.

25 Non è semplice considerare l'ammissibilità per omesso impedimento dell'evento *ex art.* 110, 40 comma 2 c.p. Nella elaborata disquisizione di VALLINI, *op.loc.cit.*, p. 164, in ordine all'acquisizione o meno del consenso informato nell'ambito della struttura sanitaria, da parte del medico coinvolto ed interessato, (e considerata la facoltà del medico di non procedere), distingue i profili civilistici e penalistici del "non *facere*" giuridico. «Ove il consenso informato sia stato correttamente acquisito, come in rapporto a qualsiasi altra relazione terapeutica sorge l'obbligo (di garanzia), per il medico, di procedere nell'attuazione della tecnica, fermo restando il già segnalato onere di mantenere vivo il colloquio informativo. È dunque in linea di principio illecita - ad es. come illecito civile - la sospensione del trattamento nonostante il perdurante affidamento del paziente. In termini penalistici, posto che una posizione di protezione non può essere unilateralmente dismessa, il fatto, sussistendone tutti i requisiti, potrebbe qualificarsi come "abbandono di persona incapace" *ex art.* 591 c.p. L'omissione potrebbe altresì rilevare ai sensi dell'art. 40, ult. co., c.p, nel combinato disposto con le disposizioni incriminatrici delle lesioni o dell'omicidio, nel caso in cui essa comporti il mancato impedimento degli eventi tipici». *Ultra*, pp. 223-25.

divergente, con l'introduzione di specifico comma *bis* dalle note caratterizzanti di fattispecie penale, sia sotto il profilo oggettivo, sia sul versante più specificatamente soggettivo. Tralasciando in questa sede le implicazioni etico-filosofiche, evolutive-sociali, sociologiche-esistenziali - pur altamente rilevanti -, e soffermandoci - se è possibile - esclusivamente sulle questioni giuridiche, connesse all'estensione dei limiti di applicazione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero in relazione alle fattispecie di surrogazione di maternità e alla commercializzazione di bambini, si rilevano le dovute differenze contestuali.

La prime due ipotesi si differenziano anche in relazione ai soggetti destinatari dell'estensione possibile della giurisdizione - penale - italiana, perché la proposta A. C. n. 1026 è riferita ai soli cittadini, mentre la proposta A.C. n. 887 include anche agli stranieri. Quanto alla proposta A.C. n. 342 si pone l'ulteriore questione della tipizzazione di nuovo reato, quale pratica di procreazione medicalmente assistita - leggi surrogazione di maternità -, configurabile come traffico commerciale di bambini, traslitterazione in senso penalistico della locuzione "turismo procreativo", ai fini dell'offensività, dell'anticipazione della tutela, del fine specifico (o dolo specifico) di "trafficare" con gameti, embrioni ed esseri umani.

In relazione all'elemento comune delle tre proposte di legge ci soffermiamo sui criteri presenti nel nostro codice che ci consentono di applicare la legge penale italiana a fatti commessi all'estero, ovvero gli artt. 7, 8, 9, 10 c.p.²⁷.

L'art. 7 c.p. punisce incondizionatamente una serie articolata di crimini anche se commessi all'estero, senza l'aggancio territoriale, normativamente richiesto dal codice *ex art.* 6 c.p., senza, cioè, che sia necessaria la presenza del reo in Italia o senza il concorso di alcuna causa di procedibilità. Trattasi di ipotesi differenziate di delitti a tutela di interessi direttamente riconducibili allo Stato, quali le fattispecie contenute nel Titolo I Libro II c.p. (delitti contro la personalità dello Stato, o di contraffazione di sigillo, falso nummario o delitti commessi da pubblici ufficiali o a servizio dello Stato, abusando dei propri poteri o violando doveri confacenti le loro funzioni), sino, per concludere, alle disposizioni concernenti il n. 5 dell'art. 7 c.p., quali i crimini previsti da speciali disposizioni di legge o da convenzioni internazionali (come, ad esempio, l'art. 604 c.p., così come modificato dall'art. 10, legge n. 269/1998, a giustificare l'intervento penale all'estero in tema di turismo sessuale in danno di minori, con l'estensione della punibilità nel caso di delitto commesso da straniero in danno a cittadino straniero per effetto della previsione dell'art. 10, comma 2 c.p.).

Se si volesse applicare la disposizione dell'art. 7 c.p. a garantire una portata universale del modello di responsabilizzazione, occorrerebbe meglio individuare nel dettaglio della norma da introdurre elementi specializzanti la fattispecie di divieto di maternità surrogata, enfatizzando i profili di commercializzazione del corpo umano, dell'essere umano, della umana civiltà, e dunque, punire in tal senso chi realizzi all'estero una pratica del genere, servendosi di donne in condizioni di estrema difficoltà economica - come in certe aree geopolitiche ben lo-

26 Cfr. la proposta A.C. n. 1026 (Lupi et al.); 1.2. La proposta A.C. n. 887 (Varchi et al.); 1.3. La proposta A. C. 342 (Candiani et al.). Proposta A. C. n. 1026. Art. 1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: « Le pene stabilite dal presente comma per la surrogazione di maternità si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano».; Proposta A.C. n. 887. 1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero». Proposta A.C. 342. 1. Dopo il comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è inserito il seguente: « 6-bis. Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini, è vietato accedere alla surrogazione di maternità all'estero. Al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6». Cfr. G.L.GATTA, *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, 2 Maggio 2023. 27 Volendo il nostro *Artt. 7, 8,9,10 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2019, pp. 98 ss.

calizzate - dietro il pagamento di una somma - irrisoria o non irrisoria che sia - traendo benefici personali dallo sfruttamento indiscriminato di essere umani in difficoltà, senza tener conto in questo caso degli effetti anche mortali che una gravidanza surrogata (o non) possa comportare.

A tal fine, dunque, la proposta A.C. 342 potrebbe meglio rispondere a questa esigenza, sviscerando in termini più propriamente giuridici la locuzione “traffico commerciale di bambini”, oppure riscrivendo sotto altri profili di tassatività e determinatezza la condotta incriminata di cui all’art. 12, comma 6, anche ai fini di cui *ultra* di maggiore offensività normativa.

Le altre due proposte - più scarse - potrebbero essere inquadrare nella normativa generale degli artt. 9, 10 c.p., ovvero i delitti comuni commessi all’estero che sono puniti secondo la legge italiana alle condizioni previste dall’art. 9 c.p., se autore del reato è un cittadino italiano, o dall’art. 10 c.p., se autore del reato è uno straniero. In questo caso sono punibili *ex art.* 9 c.p., i cittadini italiani, che abbiano commesso un delitto comune all’estero e vengano poi a trovarsi in territorio italiano, (che commettano all’estero un delitto di certa gravità in danno allo Stato o a cittadino italiano, oppure a danno delle Comunità europee, di Stato estero o di straniero, su richiesta del Ministro di giustizia, previa presenza in territorio italiano, ed in caso di mancata estradizione)²⁸. Sono assimilabili a tali ipotesi generali proprio i casi di coppie che, a fronte del divieto di maternità surrogata, si rechino all’estero per effettuale la pratica nelle variabili e varianti mediche del caso e poi tornino in Italia con il figlio generato dalla madre surrogata, quali genitori d’intenzione. L’ipotesi normo-spaziale dell’art. 9 c.p. si ispira al principio di personalità attiva, con indicazione sostanziale dei soggetti attivi del reato, ed afferisce unicamente ai delitti puniti con sanzione detentiva²⁹.

Come già sostenuto da autorevole dottrina sul punto³⁰, è necessario chiedersi chi siano i

28 In tema sempre valido, F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Giuffrè, Milano, 1963, in specie pp. 45 ss., pp. 59 ss. Nell’interpretazione delle disposizioni gli artt. 9 e 10 c.p. «garantiscono la giurisdizione italiana, fungono da criteri di competenza e cioè la presenza del colpevole nel territorio e la valutazione ministeriale d’opportunità (richiesta). Se gli artt. 7 ed 8 c.p. stabiliscono l’efficacia extraterritoriale di disposizioni penali che, quanto al loro contenuto, difettano d’universalità, gli artt. 9 e 10 c.p. affermano, più in generale, l’ illimitata validità rispetto al luogo della maggior parte delle norme penali, quale che sia il loro contenuto». L’efficacia extraterritoriale della legge penale italiana, stabilita dagli articoli 9 e 10 c.p., trova fondamento nella maggiore gravità del reato, commesso rispettivamente dal cittadino e dallo straniero. Queste norme, quindi, oltre che portata universale, hanno anche contenuto universale, perché risultano tendenzialmente dirette alla tutela di beni universali (valori umani) e cioè a beni che, almeno in linea di massima, sono offesi o posti in pericolo soltanto dalle manifestazioni criminose di maggiore gravità (46, nota 29 *bis*). Sul punto di più recente vedi anche A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Giappichelli, Torino, pp. 2 ss.; D. MICHELETTI, *Reato e Territorio*, in *Criminalia*, 2009, pp. 565 ss.

29 Inoltre, DEAN, *Norma penale e territorio*, cit., 86 ss. rileva il distinguo semantico tra il grafema “obbliga” di cui all’art. 3 c.p. e l’espressione “punisce” presente negli artt. 9,10 c.p. (ma anche 6, 7 c.p.), cui corrispondono situazioni controverse, concordi nel sottolineare la differente natura della situazione giuridica in tal modo individuata. In particolar modo, riflettono - con riguardo ai destinatari della norma penale - la scomposizione ideale della norma penale stessa in precetto e sanzione. Alla nota 18 *bis* viene analizzata la posizione contraria di I. CARACCIOLI, *L’incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all’estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, pp. 973 ss., in specie 993-4, che considera equivalenti le due espressioni. «Nella teoria generale, infatti, si distingue chiaramente tra « obbligatorietà della legge penale» e « punibilità secondo la legge penale». In difetto dell’obbligatorietà risulta vano, per verità, porre il problema della punibilità, ma è altrettanto certo che, accertata l’obbligatorietà, non è affatto scontato che consegua la punibilità. Questa riflessione appare sufficiente per sottolineare l’importanza della distinzione, dalla quale non si può prescindere in moltissimi casi, compreso quello in esame (art. 3/artt.9-10c.p.). Una conclusione diversa sarebbe ipotizzabile, soltanto sulla premessa che il precetto penale si rivolga esclusivamente al giudice».

30 PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in F. PESCE (a cura di) *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 139 ss.

soggetti attivi del reato: se è certo che vadano inclusi coloro che, a vario titolo, sono coinvolti nell'organizzazione della complessa procedura (ossia i gestori della clinica ed il personale, medico ed amministrativo), i dubbi hanno investito i committenti, il cui coinvolgimento sul piano della responsabilità penale è il presupposto da cui partono entrambe le proposte di legge³¹.

Anche in questo caso per ammettere l'applicabilità della norma generale *ex art. 9 c.p.* occorrerebbe specificare chi siano gli autori del reato (eventualmente mutare il profilo dell'autore del reato da comune a proprio) e distinguere tra i soggetti attivi del reato i genitori d'intenzione, la madre surrogata, il medico che effettua la pratica medicalmente assistita, personale medico in generale con la reclusione e la struttura sanitaria - in qualità di persona giuridica - o gli operatori amministrativi - soggetti in posizione apicale e non - con la pena pecuniaria. In entrambi i casi occorrerebbe un intervento legislativo tipizzante.

2.1. La doppia incriminazione tra legalità e colpevolezza.

È stato ampiamente discusso in dottrina e in giurisprudenza se l'applicabilità della legge penale italiana ai delitti comuni commessi all'estero dal cittadino *ex art. 9 c.p.* (ed anche in riferimento ai delitti comuni commessi all'estero dallo straniero *ex art. 10 c.p.*) sia subordinata al requisito della doppia incriminazione, inteso come previsione del fatto/reato sia secondo la legge italiana, sia secondo la legge dello Stato dove la fattispecie sia stata realizzata nel rispetto della legalità formale o della colpevolezza³². In ipotesi di maternità surrogata *ex art. 12*, comma 6, l. n. 40/2004, essendo un reato comune punito con la pena inferiore nel minimo a tre anni di reclusione, la punibilità in Italia è subordinata alle condizioni indicate dall'*art. 9 c. 1 e 2 c.p.* (la presenza del reo e la richiesta del Ministro della giustizia). Tale fattispecie incriminatrice, dunque, può trovare applicazione a condizione che chi realizza il trattamento di procreazione medicalmente assistita, vietato dalla legge italiana, si trovi sul territorio dello Stato al momento dell'esercizio dell'azione penale e a condizione che il Ministro della giustizia abbia avanzato richiesta perché si proceda per tale delitto nel caso concreto³³.

La Cassazione ha rilevato l'esistenza di un contrasto sia dottrinale che giurisprudenziale intorno al requisito della doppia incriminazione³⁴. Tale situazione di incertezza interpretativa

31 Cfr. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, cit., pp. 1550 ss.

32 La giurisprudenza, Cass., Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525, ha riconosciuto l'errore inevitabile sulla legge penale di cui alla disposizione dell'*art. 9 c.p.*. Vedi *contra* Cass., Sez. I, 17 settembre 2002, n. 38401, in *Foro it.*, 2003, II, c. 317, secondo cui in tema di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'*art. 7 c.p.*, è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero dallo straniero che questi risultino punibili come illeciti penali, oltre che dalla legge penale italiana, anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati, sia pure con *nomen iuris* e pene differenti (in applicazione di tale principio la Corte ha annullato senza rinvio il provvedimento coercitivo impugnato riguardante la cessione di armi da guerra avvenuta esclusivamente in territorio estero in violazione dell'embargo stabilito da risoluzioni dell'Onu, non tradottesi peraltro all'interno dell'ordinamento italiano in norme vincolanti). Cfr. in dottrina VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir.pen.processo*, 2017, pp. 899 ss. Sulla doppia incriminazione su entrambi i principi, di legalità e di colpevolezza, MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 164; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 137. Nello specifico TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, cit., pp. 1415 ss. In senso contrario alla necessità del requisito della doppia incriminazione, SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, cit., p. 1556 ss.; A. PAGLIARO, *Legge penale nello spazio*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp. 1054 ss, in specie p. 1059.

33 Cfr. DEAN, *op.loc.cit.*, pp. 305-7; MICHELETTI, *Reato e Territorio*, cit., pp. 577.

34 Cfr. Cass.pen., sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525, in *Dir. pen. e processo*, 2016, pp. 1085 ss., con nota di A. MADEO, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità. Vedi anche sulla Rilevanza penale della realizzazione della maternità surrogata all'estero: l'apporto della sentenza della Corte*

determina — secondo la giurisprudenza richiamata — un errore inevitabile sulla portata applicativa dell'art. 9 c.p. e sulla perseguibilità del reato comune commesso all'estero dal cittadino italiano. Oggetto dell'errore incolpevole sarebbe proprio la disposizione che detta le condizioni per l'applicazione della legge penale italiana ai delitti comuni commessi dal cittadino all'estero ex art. 9 c.p., nella misura in cui lascia irrisolta la questione se sia necessaria o meno la previsione del fatto come reato anche secondo la legge dello Stato straniero nel quale è stato commesso il fatto, tenuto conto anche delle indicazioni contraddittorie ricavabili sul punto dalla giurisprudenza. La Corte richiama a sostegno della propria decisione, da un lato, la sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988, che ha tracciato i criteri per individuare l'errore inevitabile sul precetto penale, e, dall'altro, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che ricava dall'art. 7 C.E.D.U. il principio secondo cui il precetto penale deve essere accessibile e le sue conseguenze sanzionatorie prevedibili da ciascun individuo, sulla base di una valutazione da compiersi tenendo conto non solo della disposizione legislativa, ma anche della giurisprudenza nazionale che ne ha precisato il significato al momento della sua concreta applicazione³⁵. Se, pertanto, il principio di legalità non richiede la doppia incriminazione, il principio di colpevolezza imporrebbe quanto meno di verificare che l'autore del reato - cittadino o straniero - sapesse o potesse sapere che il fatto realizzato al di fuori del territorio nazionale sia punito secondo la legge italiana³⁶.

di cassazione n. 13525/2016 in relazione alla scusabilità dell'errore sull'ambito applicativo dell'art. 9 c.p., TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., p. 395 ss. La repressione penale nel nostro ordinamento si è, dunque, mossa verso due diverse fattispecie incriminatrici: la "falsa dichiarazione sull'identità", ex art. 495 c.p. e l'"alterazione di stato", ex art. 567 c.p., come espressamente richiamato nell'ultimo DDL S, di cui al §1. Le direttrici giurisprudenziali in materia si collocano tra l'orientamento più rigoroso - sotto il profilo della punibilità (e non da meno della fattispecie tipica) -, relativamente alla condotta dei genitori "committenti", quale delitto di alterazione di stato, la posizione intermedia applicabile- sempre ai genitori committenti- ex art. 495 c.p., sino ad un *tertium datum* - poco crebile, per la verità -che escluderebbe l'antigiuridicità del fatto, inquadrandolo come ipotesi "falso innocuo".

35 La sentenza, Cass., Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525, è chiara. «In tema di delitti commessi all'estero, secondo le norme del caso, la qualificazione delle fattispecie penali deve avvenire esclusivamente alla stregua della legge penale italiana, a nulla rilevando che l'ordinamento dello Stato nel cui territorio il fatto è stato commesso non preveda una persecuzione penale dello stesso fatto (Sez. 2, n. 2860 del 06/12/1991 - dep. 16/03/1992, Buquicchio, Rv. 189895); in altre si è ritenuto che, in tema di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'art. 7 cod. pen., è condizione indispensabile per il perseguimento dei reati commessi all'estero dallo straniero che questi risultino punibili come illeciti penali, oltre che dalla legge penale italiana, anche dall'ordinamento del luogo dove sono stati consumati, ancorché con nomen iuris e pene diversi (Sez. 1, n. 38401 del 17/09/2002, Minin, Rv. 222924). In tale contesto, il problema in esame assume sicuro rilievo, ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta (Corte cost., 24/03/1988, n. 364), in quanto l'errore investe la portata applicativa del menzionato art. 9. La pronuncia appena citata, nel tracciare i parametri di individuazione della inevitabilità dell'errore, opera un significativo riferimento anzitutto ai criteri (c.d.oggettivi puri), secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato, aggiungendo che tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale».

36 La Cassazione rileva l'infondatezza della parte del ricorso centrata sulla violazione del divieto di maternità surrogata previsto dalla legge n. 40/2004, dal momento che l'atto è stato compiuto all'estero: «Occorre, infatti, considerare che, al di là delle contrapposizioni dottrinali, è controversa anche presso la giurisprudenza la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui fu commesso». Si veda anche Cass.pen., sez.III, 21 febbraio 2021, n. 5298, in *Dejure*, per cui il reato di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui all'art. 12, comma 6, l. 19/2/2004, n. 40, commesso all'estero, si consuma nel luogo in cui si sottoscrive il contratto di maternità surrogata e col compimento della gestazione per conto di altri, che si conclude con la nascita del figlio, non avendo rilevanza penale, ai fini dell'applicazione della legge italiana, le condotte iniziali volte ad acquisire

La non punibilità del cittadino (o dello straniero) che commetta all'estero un fatto di reato, quando quel fatto non è punito come tale anche secondo la legge del Paese straniero nel quale è stato commesso, risponde in definitiva ad un'aspettativa sociale di cui il legislatore non può non tenere conto nel fissare i limiti di applicazione extraterritoriale della propria legge penale. In un'ottica di corretta politica criminale, la doppia incriminazione sarebbe un principio generale dell'ordinamento che non trova però un esplicito riconoscimento nella Costituzione³⁷. Pertanto, non commette alcun illecito penale la coppia che si rechi all'estero per tentare la procreazione assistita se nel Paese in questione la pratica sia legale³⁸.

2.2. Le indicazioni della giurisprudenza.

Nel corso degli anni il giudicante ha "picconato" la struttura originaria della l. 40/2004, chiarendo - ma non del tutto - situazioni ibride o contraddittorie connesse alla maternità surrogata e i suoi limiti penali e non³⁹. Con la sentenza del 10 giugno 2014 n. 162 la Corte costituzionale ha ritenuto di dover dichiarare «l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, nonché dell'art. 9, commi 1 e 3,

informazioni sulla fattibilità della pratica, anche se poste in essere in territorio italiano. In ogni caso, l'azione penale esercitata - nel caso di reato commesso interamente all'estero - non può essere utilmente proseguita se manca la richiesta del Ministro della Giustizia di cui all' art. 9, comma 2 c.p. .

37 Ritorna in tal senso il distiguo tra obbligatorietà e punibilità della legge penale italiana tracciato da Dean (vedi *supra*). Inoltre, «le sanzioni previste dalla legge n. 40/2004 non possono essere applicate nel caso in cui la surrogazione di maternità avvenga in uno Stato estero che non pone alcun divieto al ricorso a tale tecnica di procreazione medicalmente assistita, perché manca il requisito - implicito nella disciplina di cui all'art. 9 c.p. - della doppia incriminazione». Così TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, cit.

38 Leggi TIGANO, *op.loc.cit.*, p. 402, *passim*, secondo cui «il cittadino potrebbe fare affidamento sull'esclusione della propria punibilità sulla base della legittima convinzione che l'art. 9 c.p. possa operare soltanto in presenza della doppia incriminazione del fatto. L'assenza di colpevolezza, quindi, sarebbe determinata non dalla circostanza, in sé considerata, che il cittadino italiano agente all'estero sappia che il fatto non costituisca reato in base alla *lex loci*, ma dalla convinzione di non ricadere entro l'ambito applicativo dell'art. 9 c.p., in assenza della contestuale incriminazione del fatto sia nel suo ordinamento nazionale, sia in quello in cui il fatto è stato realizzato. Un qualunque giudice ordinario che venga chiamato a decidere sulla rilevanza penale di similari casi di *law shopping*, anche laddove ritenga che il requisito di doppia punibilità non debba operare per i reati commessi all'estero dal cittadino italiano, potrebbe quindi ritenere che vada comunque esclusa la colpevolezza dello stesso per errore inevitabile, e quindi scusabile, sull'art. 9 c.p.». Vedi anche PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, cit., pp. 34 -37 sulle ragioni di irragionevolezza della proposta estensiva. Alcuni Paesi, infatti, hanno adottato legislazioni di tipo permissivo, seppur differentemente modulate a seconda che consentano la GPA cosiddetta «gratuita o altruistica» o quella «commerciale». A titolo esemplificativo ma non esaustivo, tra i Paesi che consentono la GPA gratuita si possono ricordare il Belgio, l'Australia, il Regno Unito, i Paesi Bassi, la Danimarca, l'Ungheria, l'Irlanda, l'Australia, il Canada, gli Stati Uniti (soltanto alcuni Stati, come lo Stato di New York, il New Jersey, New Mexico, Virginia e Washington), la Grecia. Permettono, invece, il ricorso alla GPA commerciale la Russia, l'Ucraina, la Georgia, l'Armenia, Cipro, l'India, la California, la Florida, l'Illinois, il Texas e il Massachusetts. I dati sono stati reperiti all'indirizzo www.internazionale.it/notizie/2016/03/03/maternità-surrogata-dove-regole (ultima consultazione 04/03/2019). Sul punto cfr. R. LA RUSSA, A. CAMPOLONGO, R.V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, fascicolo n. 2/2017, pp. 683 ss.). Altri Paesi, come l'Italia, vietano tanto la GPA gratuita quanto quella commerciale (Francia, Italia, Spagna e Polonia). 39 S. TONIOLO, *Il diritto alla genitorialità nella sentenza della Corte costituzionale che cancella il divieto di fecondazione eterologa: profili irrisolti e possibili soluzioni*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc.4, 2014, pp. 1123 ss., nello specifico § 5.

limitatamente alle parole “in violazione del divieto di cui all’art. 4, comma 3”, e dell’art. 12, comma 1, di detta legge»⁴⁰.

La Corte ha osservato, infatti, che «deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed, in particolare, un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall’impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000)»⁴¹.

La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere limitata dalla legge, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch’essa attiene a questa sfera⁴².

In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 sia, appunto, preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza, peraltro, che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151

40 Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, fasc. 8-9, pp. 1062 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L’illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*, 1068 ss.; riportata anche in *Famiglia e diritto*, 2014, fasc. 8-9, pp. 753 ss., con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, 761 ss.; nonché in *Foro it.*, 2014, I, fasc. 9, cc. 2324 ss., con nota di G. CASABURI, “*Requiem*” (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l’agonia della l. n. 40/04, cc. 2343 ss. Vedi inoltre il caso dei coniugi Costa e Pavan che diede avvio al percorso giurisprudenziale, relativo alla sostanziale disapplicazione giurisprudenziale del divieto introdotto nell’ordinamento dal legislatore italiano, il cui esito ha condotto alla sentenza Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96, che ha dichiarato l’illegittimità della normativa nazionale sulla pma nella parte in cui non consente «il ricorso alle tecniche di procreazione assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b)» della legge in materia di interruzione volontaria di gravidanza. Cfr. S. PENASA, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l’insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, pp. 755 ss.; C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *costituzionalismo.it*, 2015.

41 DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1669 ss.; FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, pp. 393 ss.; A. MUSUMECI, “*La fine è nota*”. Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in *AIC, Osservatorio Costituzionale* luglio 2014; E. LA ROSA, *Il divieto “irragionevole” di fecondazione eterologa e la legittimità dell’intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 2827 ss. S. CACACE, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Riv.it.med.leg.*, 3/2016, pp. 916 ss.

42 «Il concepimento mediante pratiche di PMA non violerebbe il diritto del concepito al riconoscimento formale e sostanziale di un proprio *status filiationis*, «elemento costitutivo dell’identità personale», congruamente tutelato anche in caso di fecondazione eterologa, in considerazione dell’assunzione dei pertinenti obblighi da parte dei genitori biologici e non genetici. La citata sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo avrebbe, inoltre, confermato la riconducibilità del diritto in esame all’art. 8 della CEDU e, in definitiva, il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia in ordine alla propria genitorialità sarebbe leso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione anche quando, come nella specie, essa sia indispensabile». Così Corte cost. n. 162/2014, cit. Interessante a riguardo la ricostruzione del concetto di identità personale di M. TAMPIERI, *L’identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.4, 2019, pp. 1195 ss.

del 2009)⁴³. In tal senso la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (Corte cost. sentenze n. 189/1991, n. 123/1990)⁴⁴.

Il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è peraltro - già - favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico italiano, in applicazione di principi costituzionali, attraverso la regolamentazione dell'istituto dell'adozione⁴⁵. L'ambizione ideale dell'adozione mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori, così come sostenuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 11 del 1981⁴⁶ e rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. La sentenza pone, altresì, in evidenza come «la tecnica in esame che va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta “surrogazione di maternità”, espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando, quindi, perdurante validità ed efficacia)»⁴⁷.

43 Cfr. Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *biodiritto.org*. «La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonchè con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso. Deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge n. 40 del 2004 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute» .

44 Cfr. A. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giustizia Civile*, fasc.4, 2020, pp. 647 ss.; D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto “inefficace”*, cit., pp. 142 ss.

45 Sul concetto ampio di adozione cfr. E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.3, 2017, pp. 870 ss. Nello specifico della relazione tra adozione e divieto di maternità surrogata, § 8. Il problema assume evidentemente tutt' altro significato nelle coppie formate da persone dello stesso sesso. Infatti, a parte i casi marginali di figli nati da precedenti relazioni con partner di sesso differente, l'adozione del figlio del partner dello stesso sesso rappresenta in genere un mezzo per dare definitiva attuazione sotto il profilo giuridico-formale a un “progetto condiviso di genitorialità” che non può prescindere dal ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate dalla legge italiana: la prestazione di una madre surrogata (eventualmente col ricorso anche a un'ulteriore donna “donatrice” del gamete femminile) o la fecondazione eterologa col ricorso a un terzo “donatore” del gamete maschile (ed eventualmente anche con gestazione a carico della donna che non abbia fornito il materiale genetico per l' insemminazione). «È noto, infatti, che mentre la surrogazione di maternità è tuttora vietata in ogni caso (art. 12, comma 6, l. 40/2004), il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, a seguito dell'abrogazione del divieto originariamente previsto dall'art. 4, comma 3, l. 40/2004 ad opera della sent. n. 162/2014 della Corte costituzionale, è ora consentito «esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute» e comunque solo alle «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». È significativo, del resto, che il recente fermento che si è registrato in giurisprudenza sul tema dell'adozione del figlio del convivente è stato generato quasi unicamente da casi di coppie formate da persone dello stesso sesso».

46 La sentenza *de qua* è leggibile in *giurcost.org*.

47 TONIOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2015, fasc. 9, pp. 208 ss.; GATTO, *Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare*, cit., p. 1099.

La Corte Costituzionale ha - altresì - precisato che resta in ogni caso fermo il divieto relativo alla surrogazione di maternità di cui al comma 6 dell'art. 12. La Cassazione penale a seguire non ha abrogato il reato, ma nel rispetto della direttiva 2004/23/CE, ne ha sancito i caratteri di volontarietà e gratuità della donazione, aprendo al concetto basilare di qualsivoglia assenza di finalità lucrativa per la surrogazione di maternità⁴⁸.

In tal senso l'idealismo intrinseco dell'adozione ben si concilierebbe con le forme gratuite e tutelate di surrogazione di maternità. Ben altro mondo rispetto alla locuzione dell'art. 12 comma 6 l. 40/2004 e alle sue deviazioni extraterritoriali, a pagamento, a sfruttamento, a negazione della tutela di madri e bambini surrogati. Nella *lunga marcia* evolutiva della giurisprudenza costituzionale⁴⁹, occorre considerare i passaggi effettuati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo relativamente alla complessità dell'applicazione del divieto di maternità surrogata nella pluridimensionalità dei rami del diritto civile e penale. La maggiore questione sollevata a livello europeo nasce dalla necessità di riconoscere giuridicamente la "nascita" del /i neonato/i, a seguito di procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero, nello Stato dei genitori d'intenzione o nello spazio giuridico europeo "di rientro".

Le sentenze della Corte eur. Dir. Uomo, Sez. V, 26 giugno 2014, Menesson c. Francia, ric. n. 65192/2011, e Corte eur. Dir. Uomo, sez. V, 26 giugno 2014, Labassee c. Francia, ric. n. 65941/1, affrontano, infatti, la liceità o meno della trascrizione di atti stranieri, volta a riconoscere l'esistenza di fattispecie riconducibili alla maternità surrogata, vietata in alcuni Stati, come Francia e Italia⁵⁰. Due famiglie francesi, a causa della sterilità congenita delle moglie, decidevano di sottoporsi al trattamento di maternità surrogata negli Stati Uniti, utilizzando lo sperma dei mariti. Il successo dell'impianto e la conseguente nascita dei figli condusse alla

48 Cfr. Cass. pen. sez. III, 19 agosto 2019, n.36221, leggibile in *Dejure*, ha affermato il seguente principio di diritto: la L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, all'esito della pronuncia della Corte costituzionale n. 162 del 2014, punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza l'acquisizione di gameti in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione. «A delimitare il perimetro della fattispecie penale di commercializzazione di gameti, non si possa prescindere dai principi espressi dalla Direttiva del Consiglio d'Europa di "volontarietà" e "gratuità" della donazione, principi che concorrono a delimitare l'area della rilevanza penale delle condotte di commercializzazione vietate dall'art. 12, comma 6, nel caso di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (che necessita di donazione e trasferimento di gameti), nel senso che l'area della rilevanza penale deve essere individuata in quelle condotte, realizzate in qualunque forma, dirette ad immettere nel mercato (commercializzare) i gameti in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione. In tale ambito rientrano nella condotta di commercializzazione anche quelle condotte di reclutamento di donatori/donatrici dietro la prospettazione/corresponsione di una remunerazione, chiaramente dirette alla immissione nel mercato dei gameti, in vista della procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».

49 VESTO, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, in *Famiglia e diritto*, 2015, fasc. 3, pp. 306 ss., in specie 311-312; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

50 Cfr. le Sentenze gemelle 26 giugno 2014 ric. n. 65192/11 (Menesson c. Francia) e n. 65941/11 (Labassee c. Francia), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1, 1122 - 1132. Per una riflessione in tema v. TRINCHEA, *Viola l'art. 8 della CEDU lo Stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 luglio 2014; sulla *rilevanza penale delle false dichiarazioni successive alla legale formazione dell'atto all'estero: astratta applicabilità dell'art. 495 c.p. e soluzioni assolutorie fondate sulle sentenze Menesson e Labassee c. Francia*, vedi anche TIGANO, *op.loc.cit.*, pp. 462 ss. Entrambi i casi riguardavano il rifiuto da parte dello Stato francese di riconoscere i certificati di nascita di minori nati in California da madre surrogata e da genitori intenzionali francesi. Nell'analizzare il caso, se da un lato la Corte ha riconosciuto un margine di apprezzamento allo Stato nel regolare la gestazione per altri, potendola sanzionare, dall'altro lato ha ritenuto che tale margine non potesse avere portata illimitata. Esso, infatti, si deve restringere qualora si violi non tanto la vita privata dei genitori, quanto piuttosto la vita privata del minore, ledendo il suo diritto all'identità personale. I provvedimenti delle autorità francesi avevano ecceduto il loro margine di apprezzamento, dal momento che non avevano riconosciuto (almeno) il legame con il genitore biologico, pregiudicando così l'interesse superiore del minore.

pronuncia di sentenze, da parte dello Stato della California, che stabilirono - evidenziandone la presenza - il legame di genitorialità fra i genitori committenti e i bambini. Tornati in Francia, la prima coppia si vide riconosciuto subito l'inserimento dei certificati nei registri dello stato civile, con successivo annullamento a seguito di ricorso formale del pubblico ministero, mentre alla seconda coppia la registrazione veniva negata sin dall'inizio, determinando sì situazioni parallele, ma con effetti risolutivi contraddittori. La Corte di Strasburgo affermò in particolare che vi era stata violazione del diritto al rispetto della vita privata dei figli (in ottemperanza appunto, dell'art. 8 Cedu) da parte delle autorità francesi, nell'impedire a tali soggetti di vedere riconosciuto il loro diritto all'identità personale e nel non consentire che il legame di filiazione venisse accertato concretamente.

Sulla scia del tracciato segnato dall'esegesi dell'art. 8 CEDU, sul diritto ad avere una propria vita privata e familiare, particolare rilievo ha assunto in tema il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*⁵¹. I ricorrenti, dopo aver tentato invano di ottenere una gravidanza mediante la

51 Nella pronuncia *Paradiso e Campanelli c. Italia*, la Grande Camera ha escluso che sussistesse una «vita familiare» tra i genitori intenzionali e un minore nato all'estero mediante surrogazione di maternità, e poi allontanato dalla coppia dalle autorità italiane. La Corte ha ritenuto che l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico giustificassero l'inquadramento della vicenda in termini di ingerenza nella vita privata – e non familiare – dei genitori intenzionali. I giudici hanno, peraltro, ritenuto che detta ingerenza fosse proporzionata, ritenendo sufficienti i motivi addotti dalle autorità interne per disporre l'allontanamento del bambino dalla coppia, incentrati sulla situazione del minore e sull'illegalità della condotta dei genitori intenzionali, che erano ricorsi a una pratica – la surrogazione di maternità – vietata e penalmente sanzionata nell'ordinamento italiano. Cfr. L. TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione Giustizia*, online; C. MASCIOTTA, *La Grand Chambre pone un freno alla forza espansiva della "vita familiare": uno stop all'attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, n. 2/2017, online. Nell'ottica del *best interest of child* cfr. le riflessioni di M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc.1, 2018, pp. 21 ss., in specie pp. 38-9, *passim*. Gli sviluppi successivi in materia di procreazione assistita, in particolare eterologa e di utero in affitto, c.d. maternità surrogata, hanno segnato un'ulteriore evoluzione nell'interpretazione dell'art. 567, co. 2. sotto il profilo del bene giuridico tutelato. Sulla questione della riconducibilità alla disposizione del co. 2 delle dichiarazioni di genitorialità di bambini nati all'estero, grazie a tecniche di fecondazione eterologa e di surrogazione di maternità, fatte all'autorità italiana competente da parte dei genitori committenti la gravidanza, è in corso un ricco e complesso dibattito, dottrinale e giurisprudenziale. Di esso, ai nostri fini, preme rilevare che negli ultimi approdi della giurisprudenza emerge con chiarezza la preferenza per il *favor minoris* rispetto al *favor veritatis*. Più esattamente, la questione che si è posta nel confronto con casi delicati e problematici, è se ritenere che «l'interesse del minore sia subordinato all'affermazione della "verità biologica della procreazione", fino a coincidervi interamente; o se al contrario, in analogia con gli orientamenti di fondo della giurisprudenza costituzionale sulla disciplina civilistica in tema di azioni di stato, sia il c.d. bene verità a trovare nell'interesse concreto del minore il proprio limite, in un quadro di sfondo che mostra la sempre più spiccata tendenza verso la "considerazione della famiglia in termini di comunità di affetti, più che di derivazione biologica e di generazione in senso fisico"». Nel quadro legislativo attuale, il concetto di discendenza non ha, dunque, riguardo soltanto ad un fatto genetico, ma assume una connotazione giuridico-sociale, dal momento che, oltre al legame biologico fra genitore e figlio, viene conferita dignità anche ad un legame di genitorialità in assenza di una relazione genetica, in quanto conseguente al ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale (omologa o eterologa). Il nostro ordinamento riconosce dunque, in parallelo al concetto di genitorialità biologica, anche un concetto di genitorialità legale». Poste queste premesse, con riferimento alla maternità surrogata e alla possibilità di trascrivere nei registri di stato civile italiani l'atto di nascita di un bambino nato all'estero con tale tecnica, come figlio proprio di coloro che si sono avvalsi di essa, la Cassazione richiama anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, che in proposito, pur attribuendo un ampio margine di apprezzamento ai singoli Stati, li ha invitati al riconoscimento del rapporto di filiazione quando almeno uno dei committenti sia anche genitore biologico. In caso contrario, potrebbe ravvisarsi una violazione dell'art. 8 della CEDU, in particolare sotto il profilo del diritto all'identità personale e al rispetto della vita privata del minore (Caso *Paradiso Campanelli*). E la Cassazione conclude che i certificati di nascita, che vengono

fecondazione in vitro, optavano per un contratto di maternità surrogata in Russia, ove tale pratica era consentita. Una volta nato il bambino all'inizio del 2011, i coniugi, tornati in Italia, si videro negare la registrazione dell'atto di nascita presso il Comune di residenza, perché il Consolato italiano a Mosca aveva informato sia il Tribunale per i minorenni competente, sia il Ministero degli Affari Esteri, oltre al Comune stesso, che il documento attestante la nascita del bambino non menzionava il fatto che egli fosse nato mediante surrogazione di maternità. Di conseguenza, veniva formalizzata nei loro confronti un'accusa penale per false dichiarazioni nello stato civile⁵². La Corte europea diritti dell'uomo, sez. *Grand chambre* (con sentenza del 24 gennaio 2017, n. 25358) - ha ritenuto, inoltre, legittimo il mancato riconoscimento in Italia del legame genitoriale col figlio nato per mezzo di maternità surrogata, commissionata all'estero.

L'allontanamento del bambino dai genitori che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero è una misura conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ad affermarlo sono i giudici di Strasburgo che hanno dato ragione all'Italia, legittimando la negazione al riconoscimento del legame genitoriale col figlio nato per effetto di maternità surrogata all'estero, vietata in Italia per effetto del disposto art. 12, comma 6, l.40. Nel caso di specie, si trattava di una coppia di cittadini italiani che, dopo aver optato per la maternità surrogata in Russia, dove la pratica è ammessa, non era riuscita a ottenere la trascrizione dell'atto di nascita nell'ufficio di stato civile, nei confronti dei quali era stato aperto un procedimento penale per alterazione dello stato civile. La Corte enfatizza - da un punto di vista argomentativo - la questione dell'allontanamento, della breve durata del rapporto tra genitori e neonato ed, infine, la stessa incertezza del vincolo sotto il profilo giuridico conseguente, ammettendo che non ci sono le condizioni per configurare un diritto alla vita familiare, anche perché il rapporto non costituiva una famiglia *de facto*⁵³.

presentati alla competente autorità italiana, relativi a bambini nati all'estero grazie alla maternità surrogata « non integrano una "falsa" certificazione o attestazione, là dove risultano, di contro, legittimi secondo la *lex loci*».

52 Sui passaggi del caso Paradiso e Campanelli c. Italia, cfr. C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in *forumcostituzionale.it* (2 marzo 2017), online. *Ex pluris* sulla sentenza del 27 Gennaio 2015, Corte europea dei diritti umani, Paradiso and Campanelli v. Italy, ricorso n. 25358/12, CASABURI, *La corte europea dei diritti dell'uomo e il divieto italiano (e non solo) di maternità surrogata: una occasione mancata*, in *Foro it.*, n. 3/2015, c.123 ss.; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile "puzzle" da ricomporre*, in *GenIUS*, n. 1/2015, online; M. WINKLER, *Senza identità: il caso "Paradiso e Campanelli c. Italia"*, *ivi*, 2015; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2015.

53 Corte europea diritti dell'uomo, sez. *Grand chambre*, 24 gennaio 2017, n. 25358, in *Guida al diritto*, 2017, 8, 28. Nonostante la pronuncia in primo istanza della II sezione avesse rilevato la violazione dell'art. 8 della Convenzione, pur nell'impossibilità del rientro del minore nella casa dal momento che ormai aveva stabilito un rapporto con i genitori adottivi, la *Grand Chambre* ha ribaltato tale orientamento. Secondo i giudici, infatti, non si è posta alcuna violazione della vita privata e familiare poiché non era presente alcun legame biologico tra i genitori intenzionali e il minore. Inoltre, la relazione affettiva, nata da condotta illecita, era durata un breve lasso di tempo. Per questi motivi il provvedimento di allontanamento è stato considerato proporzionato e non è stata rilevata alcuna violazione della vita privata e familiare. Cfr. G. MINGARDO, *Approdi e partenze: lo stato della gestazione per altri e la prospettiva futura*, in *AIC, Rivista* n. 4/2021, online; VARANO, *op.loc.cit.*, pp. 832-3; O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2015, pp. 420 ss; G. M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *AIC, Rivista* n. 1/2017, online; CASABURI, *La Corte europea cambia opinione: l'allontanamento di un bambino nato da maternità surrogata e in violazione delle disposizioni italiane sull'adozione internazionale non viola l'art. 8 Cedu* (Nota a Corte eur. diritti dell'uomo 24 gennaio 2017, D.P.), in *Foro it.*, 2017, cc. 117 ss. Da ultimo,

A seguire, inoltre, con la sentenza 14 dicembre 2021 (causa C-490/20 PPU, Pancharevo, ECLI:EU:C:2021:1008)⁵⁴, la grande sezione della Corte di giustizia ha stabilito che il diritto dell'Unione Europea impone agli Stati membri di riconoscere il certificato di nascita emesso dalle autorità di uno Stato membro in favore di una minore nata in tale Stato, tramite fecondazione eterologa, da una coppia femminile dello stesso sesso, al fine di consentire alla bambina di esercitare, con ciascuna delle due madri, il diritto di circolazione e soggiorno nel territorio europeo connesso al suo *status* di cittadina dell'Unione. A tale scopo, le autorità dello Stato membro di cittadinanza sono tenute a rilasciare, come richiesto dalla direttiva 2004/38, una carta di identità o un passaporto in favore della minore, nel quale siano iscritte le due donne in qualità di madri, senza tuttavia che ciò richieda la previa emissione di un nuovo atto di nascita da parte delle autorità dello Stato membro interessato.

I riverberi costituzionali ed europei moltiplicano i loro effetti in ambito civilistico anche sotto il profilo della "la relazionalità della persona umana"⁵⁵.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 12193/2019 hanno affermato che il divieto di maternità surrogata di cui all'art. 12 c. 6 della legge n. 40/2004, in quanto espressivo di un superiore principio di ordine pubblico, osta al riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale si accerti il rapporto di filiazione tra minore nato in seguito a maternità surrogata e genitore di intenzione (ossia il genitore non biologico)⁵⁶. Per effetto di tale importante precedente la Cassazione civile sez. I -

G. CIARLARIELLO, A. A. CAMPOLONGO, M. DI SANZO, R. LA RUSSA, A. SANTURRO, V. LOVOI, P. FRATI, *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.4, 2016, pp. 1117 ss.; K. TRILHA SCHAPPO, *La maternità surrogata nel 2020: evoluzione del quadro normativo e sfide rimanenti*, in *GenIUS*, n. 1/2020, online.

54 Cfr. FERACI, *Il riconoscimento « funzionalmente orientato » dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionale/privatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc.2, 2022, pp. 564 ss. La sentenza in esame segna il primo passo verso la regolamentazione europea della genitorialità delle famiglie arcobaleno aventi un carattere transfrontaliero e ricadenti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. Nel contesto intraeuropeo il crescente numero di contenziosi legati al mancato riconoscimento del rapporto genitoriale in favore di persone dello stesso sesso è del resto confermato dalla pendenza di un ulteriore rinvio pregiudiziale di interpretazione (causa C-2/21, Rzecznik Praw Obywatelskich) concernente il mancato riconoscimento in Polonia di un certificato di nascita spagnolo relativo a un minore nato in Spagna da due donne. «L'obbligo di riconoscimento dello *status filiationis* gravante su tutti gli Stati membri è infatti meramente funzionale all'esercizio di un diritto fondamentale sancito dal diritto dell'Unione Europea, come sottolinea ripetutamente la Corte di giustizia (sentenza Pancharevo, punti 49, 52, 56 e 57), ma non incide sul riconoscimento in uno Stato membro degli effetti giuridici relativi al contenuto di un documento pubblico che attesti il rapporto di filiazione e sia stato rilasciato in un altro Stato membro (quali quelli concernenti l'affidamento, la sicurezza sociale, le questioni successorie, nonché tutti i profili attinenti ai compiti parentali che necessitano della prova dello *status* di genitore: l'iscrizione del figlio a scuola, le decisioni mediche o di carattere amministrativo da adottare per conto di un minore): «tale obbligo [di riconoscere il rapporto di filiazione tra tale minore e ciascuna di queste due persone nell'ambito dell'esercizio, da parte del medesimo, dei suoi diritti a titolo dell'art. 21 TFUE e degli atti di diritto derivato ai medesimi connessi] non impone allo Stato membro [...] di riconoscere, a fini diversi dall'esercizio dei diritti che a tale minore derivano dal diritto dell'Unione, il rapporto di filiazione tra tale minore e le persone indicate come genitori di quest'ultimo nell'atto di nascita emesso dalle autorità dello Stato membro ospitante » (sentenza Pancharevo, punto 57 (574).

55 Cfr. P. GIANNITI, *Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc.3, 1 2021, pp. 1243 ss., in specie 1256.

56 Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Dejure*. Quanto al concetto di "ordine pubblico", nella sentenza si afferma che si tratta « dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria » (§ 12.3). Il contenuto è stato ribadito dalla sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022, in cui la Suprema Corte di Cassazione a Sezione Unite Civili è tornata ad occuparsi del riconoscimento del provvedimento

29/04/2020, con l'ordinanza n. 8325 - ha previsto il divieto di trascrizione nell'atto anagrafico del minore del genitore d'intenzione non biologico⁵⁷, sollevando la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, degli articoli 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, e 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995, nella parte in cui non consentono, secondo la 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 gestazione per altri (altrimenti detta maternità surrogata) del cosiddetto genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli articoli 8 della Convenzione europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori ratificata in Italia con legge n. 176 del 27 maggio 1991 e dell'articolo 24 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea. La Cassazione civile ha sino ad oggi negato la trascrizione in Italia dell'atto di nascita da maternità surrogata redatto all'estero, per contrarietà all'ordine pubblico⁵⁸.

Il Tribunale di Bari si è recentemente pronunciato sul non accoglimento della richiesta di cancellazione del nominativo della c.d. madre intenzionale dalla trascrizione dell'atto di nascita «Non può essere accolta, infatti, la richiesta di cancellazione del nominativo della c.d. madre intenzionale dalla trascrizione dell'atto di nascita. Invero, dall'atto di nascita della minore, trascritto su richiesta di entrambi i genitori (la madre biologica e la madre c.d. intenzionale), risulta indubitabile che quest'ultimi abbiano condiviso il progetto genitoriale e abbiano svolto il ruolo di madre instaurando un consolidato rapporto con la minore»⁵⁹.

straniero che attesta il rapporto filiale tra il cd. genitore d'intenzione e il bambino nato da maternità surrogata. Si conferma il diniego alla possibilità di delibazione di un provvedimento straniero che attesta il rapporto di filiazione con il cd. 'genitore d'intenzione' di un bambino nato da maternità surrogata. Per l'effetto, è esclusa l'automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero che attribuisce la genitorialità legale non solo al padre biologico, ma anche al partner di quest'ultimo che, seppur condividendo il progetto procreativo, non ha fornito alcun apporto genetico al bambino.

57 Cass. I sez. civ., ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325. Cfr. F. FERRARI, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2020, pp. 533 ss.

58 Cfr. vedi *ultra* C. cost. n. 272 del 2017, § 4.2. secondo cui la maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», nonché C. cost. n. 162 del 2014, § 9. Sui caratteri di innovatività della pronuncia, TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 121 ss.; FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello "status" di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, fasc. 1, 2017, in particolare p. 171 ss. Tuttavia, l'affievolimento dell'ordine pubblico quale barriera protettiva dell'ordinamento interno, verso una concezione rivolta a garantire la tutela 'multilivello' dei diritti fondamentali dell'uomo, si intravede già in sentenze della Corte di cassazione: Cass. civ. n. 2788 del 1995. Cfr. F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, fasc. 2, 2018, pp. 268 ss.

59 Cfr. Trib. Bari, I sez.civ., 7 settembre 2022, Decreto di rigetto n. 19667/2022, in *biodiritto.org*. «Sulla scorta dei rilievi sollevati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021, ritiene il Collegio che una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 l. n. 40/2004, in assenza dell'auspicato intervento del legislatore, imponga la conferma della trascrizione dell'atto di nascita originario della minore nella sua integrità, con indicazione di entrambe le donne quali suoi genitori, non essendovi stata alcuna concreta lesione della dignità della gestante che possa prevalere sulla tutela dei diritti del nato, mentre deve essere tutelato l'interesse della minore, dalla nascita inserita nel nucleo familiare formato da entrambe le madri, che deve poter fruire del diritto di essere mantenuta, istruita, educata ed assistita moralmente, come recita l'art. 147 c.c., da entrambe le persone che considera di fatto suoi genitori e che hanno concorso alla sua nascita sulla scorta di un progetto

3. Perché estendere la fattispecie ex art. 12, comma 6, l. 40/2004 al di là del territorio dello Stato. *Personalì considerazioni.*

Qualora con gli opportuni accorgimenti del caso si estendesse la responsabilità penale per il compimento delle pratiche di maternità surrogata commesse all'estero, rimane opportuno interrogarci sulla *ratio* di tale portabilità extraterritoriale. Ragioni contrarie all'ipotesi espansiva sono già state correttamente formulate da dottrina sul punto, individuando nel paternalismo di uno stato ideologicamente orientato a tutelare la moralità dei cittadini, *in primis*; a seguire nella distonia punitiva tra detenzione e pena pecuniaria ai sensi dell'art. 12, comma 6, l. 40 /2004, per cui, essendo il disvalore dei reati che offendono i beni personali definiti dalla gravità della pena detentiva, l'applicazione dell'art. 9 c.p. si presenterebbe sproporzionata (ed irragionevole) a tale scopo. Infine, ragione contraria si coglie nella distonia rispetto al tracciato delle Sezioni Unite della Cassazione Civile, e della stessa Corte costituzionale per la tutela dei profili civilistici, inscindibilmente legati alla tutela dell'interesse del minore e non del diritto alla genitorialità⁶⁰.

Lo Stato italiano, infatti, con la proposta di legge n. 2881 presentata alla Camera dei Deputati, il 19 giugno 2002, durante la XIV legislatura, d'iniziativa dei deputati Bulgarelli e altri, Norme per l'attuazione degli obblighi dell'Italia in tema di repressione universale dei crimini di diritto internazionale, al cui articolo 1 è prevista la Giurisdizione universale, «in attuazione degli obblighi derivanti dall'adesione dell'Italia alle Convenzioni internazionali firmate a Ginevra il 12 agosto 1949, rese esecutive dalla legge 27 ottobre 1951 n. 1739, al I e II Protocollo addizionale alle medesime Convenzioni, adottati a Ginevra l'8 giugno 1977, resi esecutivi dalla legge 11 dicembre 1985, n. 762, e allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, reso esecutivo dalla legge 12 luglio 1999, n. 232, è punito secondo la legge italiana, ai sensi dell'art. 7 del codice penale, il cittadino o lo straniero che commetta in territorio estero taluno dei seguenti crimini di diritto internazionale: a) crimini di genocidio; b) crimini contro l'umanità; c) crimini di guerra», con specificazione all'art. 2 dei fatti ricompresi nella giurisdizione universale. La proposta di legge non ha avuto il seguito sperato.

Se si (ri)proponesse un costrutto normativo rivolto ad un modello universale di validità della legge penale nello spazio, ci sarebbero gli strumenti operativi giusti per definire quella lista di fatti (di reato) cui sarebbe applicabile la giurisdizione penale universale.

Se si riproponesse un costrutto normativo più rispettoso della tassatività e determinatezza della fattispecie ex art. 12, comma 6, l. 40/2004, indicando in senso giuridico -metodologicamente corretto - le "distonie" che aprono al mercato delle gravidanze e allo sfruttamento della dignità della donna, dei bambini e della umanità tutta, specie nelle nazioni più povere - e ricattabili - dove la regolamentazione della gestazione per altri non è disciplinata in modo da evitare possibili forme di abuso, si potrebbe pensare ed applicare la legge penale anche all'estero. In forza dei principi generali stabiliti dal codice penale italiano, il reato in questione è punibile quando le condotte incriminate siano in tutto o in parte commesse sul territorio italiano, ossia quando almeno un fatto concreto, che entra a comporre la condotta, ha avuto luogo sul territorio nazionale. Per effetto della normativa vigente, ad esempio, dovranno rite-

genitoriale condiviso» (vedi *ultra*).

⁶⁰ In una intervista rilasciata per il quotidiano La Stampa sono state espresse le personali riserve - sia concettuali che linguistiche - sul progetto di un "reato universale" per il divieto di maternità surrogata. Cfr. in ordine alla possibilità espansiva del concetto di giurisdizione penale universale, sia consentito il riferimento al Nostro *Studio sulla giurisdizione penale universale*, CEDAM, Padova, 2013, trattazione monografica in tema di universalità della giurisdizione che attinge le fonti e i casi nazionali ed internazionali per una ricostruzione ideologica e dogmatica del principio e della definibilità (essenza) di "reato" universale.

nersi punibili secondo la legge italiana le condotte, in cui in Italia ha luogo l'accordo di conduzione della gestazione per conto di un terzo, la fecondazione della gestante surrogata, una parte della gestazione, la consegna del nato al destinatario, una parte dell'organizzazione di un fatto di surrogazione, ovvero la pubblicità della possibilità di realizzare fatti di surrogazione⁶¹. Un taglio di lettura determinante in senso universale dovrebbe riversarsi sui contenuti dei valori in gioco e da rispettare, ribadendo -sulla scia della giurisprudenza indicata- la necessità di un intervento legislativo più efficace e massivo in tal senso.

4. La via della Costituzione tra aperture ideologiche e chiusure pratiche.

Alla luce della speciale importanza del bene giuridico protetto, la sanzione penale del divieto di maternità surrogata deve ritenersi, non soltanto compatibile con la Costituzione, ma costituzionalmente "coniugata" nel rispetto di valori essenziali, relazionati al momento/momenti storici di confronto. In distinte occasioni la Corte Costituzionale ha affermato che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁶².

Le indicazioni segnate dalla Corte Cost., sentenza n. 79/2022, Corte Cost., sentenza n. 33/2021, Corte Cost., sentenza n. 272/2017⁶³, quali valori previsti dalla Costituzione in sè, ri-

61 In questa prospettiva, dovrebbe ritenersi punibile secondo la legge italiana anche il soggetto che dall'Italia si è posto in contatto con una clinica al fine di realizzare una pratica di maternità surrogata. Invero, prendere contatto con la struttura sanitaria presso cui condurre un concreto intervento di surrogazione costituisce, obiettivamente, l'avvio di quella condotta di organizzazione di un evento di surrogazione autonomamente previsto e punito dalla seconda fattispecie dell'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004. Né dovrebbe ritenersi ostare a tale conclusione la soluzione fornita da Cass. pen., sez. III, n. 5198/2021, poiché emerge dagli atti che, in tal caso, l'imputazione era stata formulata unicamente in relazione alla "realizzazione" della surrogazione, in base alla prima fattispecie, e non anche alla "organizzazione", in base alla seconda, o comunque in base al tentativo, così risultando precluso alla Cassazione di pronunciarsi *funditus* sul problema per ragioni di carattere processuale. Se tali risultano le conseguenze del principio generale previsto dall'articolo 3, comma 1 e dall'articolo 6 del codice penale, nondimeno il codice penale stabilisce numerose ipotesi in cui, a motivo del particolare disvalore del fatto, esso viene punito anche quando il fatto incriminato viene integralmente compiuto al di fuori del territorio nazionale, ma possa comunque dirsi avere un legame giuridicamente apprezzabile con lo stesso. Si parla tradizionalmente, in tal caso, di "reati universali", secondo i principi dell'articolo 3, comma 2 e degli articoli 7 e seguenti del codice penale. In particolare, l'art. 7, comma 1, n. 5 del codice penale stabilisce, in via residuale, che può essere punito secondo la legge chi compie in territorio estero "ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana". Tali indicazioni, in particolare, sono contenute nella proposta di legge A.C. 887, presentata da parte dell'On. Maria Carolina Varchi, il cui testo, a seguito dell'approvazione in Commissione Giustizia della Camera, recita quanto segue: "Se i fatti di cui al periodo precedente sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana". Il collegamento con il territorio dello Stato, in particolare, è stato razionalmente individuato nell'aver il fatto commesso all'estero coinvolto cittadini italiani.

62 Per un *imprinting* etico e filosofico, non da meno giuridico, cfr. GIANNITI, *Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia*, cit., pp. 1243 ss., che ricalibra il concetto di "persona umana" tra dignità, genoma e relazionalità, per un recupero consapevole del significato di persona, tenendo conto dei più recenti portati della genetica, ma con occhio alla migliore tradizione giuridica di Gaio, che in 2.242 qualifica il *postumus alienus* come incerta persona in ragione dello *ius naturae*, nonché di Tertulliano, cui rimanda il felice aforisma: "*Homo est et qui est futurus: etiam fructus omnis iam in semine est*" (Apologeticum IX, 8) e alla giurisprudenza europea della Corte di giustizia, con la sentenza 18 ottobre 2011, per cui bisogna avere il coraggio di riconoscere che, quanto meno a partire dalla formazione del genoma, si è di fronte ad un essere umano personale (pp. 1258-9, note 61,62, *passim*).

63 F. NOVELLO, *Adozione "mite" e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale*, in *Giustizia Civile.com*, fasc.6, 2022. La Corte costituzionale nell'argomentare la sua decisione richiama espressamente Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Fam. e dir.*, 2016, pp.1025 ss.; Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *ivi*, 2019, 653 ss.; Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, *ivi*, 2021, pp. 680 ss., pp. 684 ss. Corte costituzionale, 23

modulano il particolare profilo dell'*ordine pubblico internazionale*, ossia le strutture fondamentali di uno Stato che lo identificano nei rapporti con gli altri ordinamenti e che non possono essere negati neppure nei rapporti aventi rilevanza transnazionale alla luce di una diversa qualificazione degli interessi emergenti in gioco: a partire dalla dignità femminile delle madri fino alle migliori pratiche in onore di neonati e bambini sia in contesti di genitorialità - per così dire - *naturale*, sia in contesti di definita genitorialità sociale. Se l'ordine pubblico internazionale, pertanto, costituisce il limite al riconoscimento di atti e discipline straniere, tuttavia, da tempo la giurisprudenza, sia interna che europea, ne ha modificato l'operatività sia al fine di garantire una maggiore apertura degli ordinamenti, sia all'evoluzione di concetti sino a quel momento non sviscerati - come la maternità surrogata. In tale breve - pur complesso - *excursus* emergono rilievi tematici concernenti la *voluntas* legislativa di estendere gli effetti della universalità - non della giurisdizione - bensì del delitto in sé. L'ordine pubblico internazionale, infatti, «sottolinea il carattere universale di principi comuni a molte nazioni di civiltà affini, intesi alla tutela di diritti fondamentali dell'uomo, spesso solennemente sanciti da dichiarazioni e convenzioni internazionali»⁶⁴. Sin dalla sentenza n. 189 del 1981⁶⁵, infatti, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno introdotto la distinzione tra principi di ordine pubblico che caratterizzano «la comunità nazionale in un determinato periodo storico», da un lato, e «principi comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo», dall'altro. Quanto alla più recente giurisprudenza, assumono rilievo specialmente due pronunce del Giudice di legittimità che hanno ridefinito i contorni del limite di ordine pubblico in due direzioni opposte: la sentenza n. 24001/2014⁶⁶, da una parte, e la

febbraio 2022, n. 79, in *G.U., I serie speciale*, 30 marzo 2022, n. 13, in *Questione giustizia*, con commento di G. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*; in *Osservatorio AIC*, 2022, con nota di M.C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022; La Consulta indica al legislatore l'agenda della riforma*; in *Giustizia civile*, 2022, con commento di G. PACINI, *L'estensione dei legami di parentela tra adottato in casi particolari e parenti dell'adottante, alla luce della decisione della Corte costituzionale*; L. SPOLETINI, *Bambini adottati: il diritto alla parentela con la famiglia dell'adottante*, in *Riv. dir. famiglia successioni*, 2022, p. 105.

64 Cfr. i principi di ordine pubblico internazionale sono stati individuati e definiti come «i principi fondamentali dell'ordinamento riconosciuti dal legislatore come condizioni necessarie per l'esistenza della società» (Cass. 23 gennaio 1980, n. 543, in *Foro it.*, 1980, I, 2221).

65 Cass. civ., Sezioni Unite, 8 gennaio 1981, n. 189, in *Riv. inter. priv. proc.*, 1981, pp. 767 ss. Seguendo l'orientamento della giurisprudenza dell'epoca, occorre tener conto della «distinzione tra ordine pubblico interno ed ordine pubblico internazionale, entrambi contemplati dall'art. 31 disp. prel. (abrogato) Altro risultato, sul quale sostanzialmente converge l'opinione comune, è che l'ordine pubblico interno rileva come limite all'autonomia, privata e comunque nell'ambito del sistema giuridico nazionale, mentre l'ordine pubblico internazionale rileva come limite alle norme straniere efficaci nel nostro ordinamento in virtù di una disposizione di diritto internazionale privato. Una disposizione di quest'ultimo tipo sarebbe, infatti, svuotata praticamente di contenuto se la legge straniera cui fa riferimento (specie in determinate materie, come quella della famiglia, così caratterizzate da principi invalicabili etico-giuridici del nostro ordinamento) fosse limitata da tutte le norme nazionali qualificabili di ordine pubblico interno. Pertanto, se ad un rapporto va applicata la legge straniera in virtù di una norma di diritto internazionale privato, la mera difformità di detta legge da norme qualificabili di ordine pubblico interno non è sufficiente a limitare quella applicabilità con l'automatica sostituzione della legge italiana, ove non risultino violati i principi di ordine pubblico internazionale» (790).

66 Cass. civ., sez. I, sentenza 26 settembre 2014, n. 24001, leggibile online, Sul divieto di riconoscimento nello Stato italiano di ipotesi di maternità surrogata per contrasto con l'ordine pubblico italiano, essendo vietata la pratica *de qua* dalla legge 40/2004. «Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come già suggerisce la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori», *passim*. Il divieto non sarebbe, dunque, contrario alla tutela del superiore interesse del minore che risulterebbe in realtà ragionevolmente tutelato dalla scelta legislativa di sottrarre la realizzazione di una

n. 19599/2016⁶⁷, dall'altra.

Nella sentenza n. 24001/2014, l'ordine pubblico internazionale è definito come «il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna» e, secondo la Cassazione, ai sensi degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., deve essere interpretato «nella sua completezza ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale»⁶⁸.

Tra questi valori, rientra quello di protezione della dignità della persona umana, in base al disposto dell'articolo 2 della Costituzione. Le modalità con cui il valore della dignità della vita umana viene protetto, venendo a configurare in concreto l'ordine pubblico internazionale dello Stato, hanno alla base le norme con cui il legislatore attua il valore stesso e, tra queste, particolare valore assumono quelle in materia di diritto penale con riferimento alla l.40/2004.

Come *supra* affermato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione civile (Cass. civ., SS.UU., n. 12193/2019) sul superamento di una concezione ristretta di tale "bene giuridico", l'ordine pubblico internazionale è rappresentato dai «principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»⁶⁹.

genitorialità disgiunta dal legame biologico al semplice accordo delle parti e inquadrandolo, invece, nel quadro normativo che disciplina l'istituto dell'adozione.

67 Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, leggibile online. La sentenza, nella trattazione approfondita della distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, relativamente alla richiesta di trascrizione di atto di nascita di minore, nato dal matrimonio *same sex*, mediante procreazione medicalmente assistita, negata dall'ufficio di Stato civile di Torino, per violazione dell'ordine pubblico, afferma il seguente principio di diritto: «il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma della L. n. 218 del 1995, artt. 16, 64 e 65, e D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Si tratta, in particolare, della tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in generale del diritto delle persone di autodeterminarsi e di formare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale (artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.) e la cui tutela è rafforzata dalle fonti sovranazionali che concorrono alla formazione dei principi di ordine pubblico internazionale».

68 Cfr. sul confronto tra le due pronunce della Cassazione civile in ordine alla diversa qualificazione dell'ordine pubblico internazionale legge S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in *Biodiritto*, 2019, online.

69 Per un commento a Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 8 maggio 2019, n. 12193, CIANCIOLO, *L'adozione dei bambini arcobaleno e l'ordine pubblico internazionale*, cit., pp. 62-3. «Le Sezioni Unite con riferimento al concetto di ordine pubblico internazionale, precisano come debba considerarsi superata quella ristretta concezione che voleva quale parametro di compatibilità non solo i valori espressi nella Costituzione, ma anche quei principi che informano l'ordinamento in un dato momento storico ed espressi in norme inderogabili, quali la necessaria differenza di sesso per contrarre matrimonio o per diventare genitori. Si tratta, ad avviso della Corte, di un concetto di ordine pubblico obsoleto, ancorato ad un concetto di difesa, chiuso all'ingresso di norme ritenute contrastanti con la normativa interna, al contrario di quanto avviene oggi dove il concetto di "ordine pubblico internazionale" ha un ruolo di valutazione della tollerabilità dei valori tutelati dalle norme fondamentali con quelli riconosciuti a livello internazionale di cui si invoca la diffusione e l'armonizzazione. In altri termini, per ordine pubblico internazionale devono intendersi tutti quei valori condivisi dalla comunità interna-

Per questa ragione, il divieto di surrogazione di maternità ai sensi dell'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004 rientra nell'ordine pubblico internazionale dell'Italia. Tale conclusione costituisce diritto vivente consolidato, ulteriormente ribadito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2022⁷⁰. Gli interventi della Cassazione civile sotto il profilo della violazione (aperta o chiusa) dell'ordine pubblico internazionale aprono la strada a percorsi alternativi alla violazione delle norme penali *ex l.* 40/2004.

Al mancato riconoscimento delle decisioni straniere, che assegnino la potestà genitoriale a soggetti coinvolti in vicende di surrogazione di maternità, infatti, consegue l'applicazione degli istituti previsti dal diritto interno (dall'adozione in casi speciali in particolari alla dichiarazione dello stato di adottabilità)⁷¹. Tuttavia, "ottenere" un bambino/un neonato sulla base di prassi, che l'ordinamento ritiene lesive della dignità della persona umana, dovrà essere valutato in merito all'idoneità di un soggetto ad assumere la potestà genitoriale nell'eventuale ambito di procedimenti di adozione in casi speciale, ovvero all'idoneità di un soggetto a mantenere la potestà genitoriale, quando si tratti di genitore biologico nell'ambito di una vicenda di surrogazione di maternità⁷². Il passaggio ultroneo di tutela di valori umani ad *imprinting* - nel contempo nazionale ed internazionale - conduce necessariamente alla tipizzazione costituzionale della dignità della persona umana⁷³. La Corte Costituzionale⁷⁴ - da subito - definisce "intollerabile" il dispregio per la dignità della persona umana che, secondo

che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutela dei diritti fondamentali».

70 Cfr. Cass. civ., SS.UU., n. 38162/2022, vedi *supra* nota 56. In particolare, le Sezioni Unite hanno avuto modo di ribadire che l'eventuale carattere non commerciale della surrogazione non determina il venir meno della sua contrarietà all'ordine pubblico: «non è consentito all'interprete ritagliare dalla fattispecie normativa, per escluderle dal raggio di operatività dell'ordine pubblico internazionale, forme di surrogazione che, sebbene in Italia vietate, non sarebbero in grado di vulnerare, per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti, il nucleo essenziale del bene giuridico protetto. Non è pertanto consentito al giudice, in sede di interpretazione, escludere la lesività della dignità della persona umana e, con essa, il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, laddove la pratica della surrogazione della maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino».

71 NOVELLO, *Adozione "mite" e legame parentale: l'intervento della Corte costituzionale*, cit., *passim*. Poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. «Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita» (Vedi inoltre Cassazione civile sez. un. - 30/12/2022, n. 38162).

72 La circostanza che l'ordinamento italiano non riconosca le decisioni giudiziarie o amministrative di Stati stranieri è compatibile con il diritto internazionale, posto che nessun trattato internazionale sottoscritto dall'Italia, nè tanto meno il diritto internazionale consuetudinario, richiedono di considerare legale la surrogazione di maternità e di riconoscere le conseguenze giuridiche che essa mira a produrre nell'ordinamento. Cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.2, 2015, pp. 415 ss.

73 Corte cost., sentenza 18 dicembre 2017, n. 272, in *Giur. cost.*, fasc. n. 6/2017, pp. 2990 ss. con commento di S. NICCOLAI, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo*; A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale*, *ivi*, 1/2018, pp.385 ss.

l'ordinamento, è espresso dal divieto di maternità surrogata. A detta del giudicante la dignità della persona rientra per natura tra gli elementi da considerare al fine di valutare l'idoneità di un soggetto, valore di dignità leso, ricorrendo alla pratica criminosa *ex art. 12, comma 6 l.40*, e, di conseguenza, impossibilitato a garantire l'equilibrata crescita di un minore, che nella tutela e protezione della dignità umana deve avere il proprio fondamento e il proprio fine educativo.

La Corte costituzionale è stata chiamata, in altre due occasioni, a verificare la costituzionalità delle norme, che impediscono al partner del genitore biologico del minore concepito con metodiche di procreazione medicalmente assistita (P.M.A.) — che abbia legittimamente manifestato all'estero il proprio consenso all'applicazione delle pratiche —, di acquisirne la genitorialità legale.

Con la prima sentenza, la n. 32 del 2021, la Consulta si è pronunciata sulla legittimità delle norme di cui agli artt. 8 e 9 della legge 40, nella parte in cui, «sistematicamente interpretate», non consentono alla madre “intenzionale” di ottenere l'iscrizione anagrafica del rapporto di genitorialità nei confronti del minore nato in Italia a seguito della sottoposizione della propria partner alla fecondazione eterologa in un Paese straniero. Con la sentenza n. 33/2021, la Corte ha esaminato le norme generali in materia di trascrizione, che, secondo il diritto vivente, opporrebbero un limite di ordine pubblico al riconoscimento in Italia dei provvedimenti stranieri attestanti il legame di filiazione tra il minore partorito da una madre surrogata e il partner del padre genetico.

Le due pronunce, da una parte, hanno dichiarato inammissibili le questioni sollevate dai giudici rimettenti, dall'altra, hanno a chiare lettere invocato l'intervento del legislatore al fine di rimodulare le previsioni normative in materia di riconoscimento e di adozione, e di garantire al minore la certezza del suo *status filiationis*.

La Corte costituzionale con la sentenza 28 marzo 2022, n. 79 si pone in linea con la giurisprudenza di legittimità, affermando che «si esclude che una valutazione negativa circa la sussistenza del requisito dell'interesse del minore possa fondarsi esclusivamente sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner, non incidendo l'orientamento sessuale della coppia sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale», ribadendo, però, «le ragioni del divieto di surrogazione di maternità, che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” (sent. n. 272/2017⁷⁵ e, da ultimo, sent. n. 33/2021⁷⁶), assecondando un'inaccettabile mercificazione del

74 Nel percorso *a contrarii* vedi Corte cost., n. 79/2022; Corte cost., n. 33/2021; Corte cost., n. 272/2017. Cfr. E. LAMARQUE, G. MINGARDO, *Gestazione per altri e best interests of the child. La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, in F. PESCE (a cura di) *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, cit., pp. 123 ss., in specie § 2 sul significato costituzionale del migliore interesse del minore; A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child (art. 8 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, pp. 717 ss.; TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, fasc.3, 2021, pp. 1043 ss. (Nota a Corte Costituzionale, 9 marzo 2021, n.33); FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *Gustiziainsieme.it*, 2021, online.

75 Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, § 4.2.

76 Così TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, cit., p. 1048. Lo sbarramento deriverebbe dalla circostanza che il divieto previsto dall'art. 12, comma 6, della legge 40 — la cui inosservanza (anche se in territorio straniero, ove il fatto non costituisca reato) rappresenta il presupposto della formazione di un provvedimento regolarmente attestante una verità legale avulsa dalla verità biologica — andrebbe qualificato come «principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, tra cui segnatamente la dignità umana della gestante»

corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale»⁷⁷.

Il Giudice delle leggi è, altresì, consapevole del fatto che lo sforzo di arginare tale pratica – che secondo la Corte «richiede impegni anche a livello internazionale» – frutto del c.d. fenomeno del “turismo procreativo” (spinto dall’intento di ottenere all’estero, nel rispetto della *lex loci*, ciò che in Italia è vietato), «non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico»⁷⁸: la Corte ritiene che l’adozione in casi particolari dimostra una precipua vocazione a tutelare l’interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate in quanto presuppone un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull’idoneità dell’adottante, benché offra allo stesso una tutela non ancora adeguata ai principi costituzionali e sovranazionali.

Il diritto all’identità personale, come diritto alla tutela di una certa immagine sociale, è collegato allo *status familiae* del figlio o del coniuge nella famiglia, società naturale, che assume sempre di più la connotazione di prima comunità di affetti ove si delinea l’identità e si sviluppa la personalità dei singoli membri i cui interessi individuali ricevono una sempre maggiore valorizzazione soprattutto in relazione ai figli⁷⁹. Sulla condizione dei figli e sull’unicità del loro status giova ricordare il d.lgs. 28-12-2013, n. 154 e la l. 10-12-2012, n. 219 che ha sostituito l’art. 74 c.c. sulla parentela disponendo l’inserimento dei figli nelle reti di parentela dei genitori a prescindere dal loro matrimonio, ed ha sostituito l’art. 258, co. 1, c.c., ai sensi del quale il riconoscimento produce effetti anche riguardo ai parenti del genitore da cui fu fatto. Dalle norme deriva, tra l’altro, la considerazione dell’interesse dei figli come preminente.

L’identità personale di figlio, specie se minore, è legata anche alla conoscenza delle proprie origini, dunque alla verità biologica relativa alla maternità o alla paternità che va bilanciata con l’interesse superiore del minore al suo sviluppo psicologico, affettivo, educativo e sociale e ai legami all’interno della famiglia nella quale vive. Dal punto di vista affettivo e sociale tali rapporti possono avere una valenza superiore rispetto al legame biologico. In questo senso l’orientamento giurisprudenziale prevalente sostiene l’immanenza dell’interesse morale e materiale del minore nell’ambito delle azioni volte all’accertamento della verità della procreazione e quindi la necessità di un’adeguata comparazione tra gli interessi sottesi e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore che proprio nella sfera affettiva trova il fondamento dell’autodeterminazione⁸⁰.

(Corte cost., n. 33/2021, § 5.1.).

77 Cfr. NOVELLO, *Adozione “mite” e legame parentale: l’intervento della Corte costituzionale*, cit., *passim*. Con la pronuncia in commento la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale dell’art. 55 l. adozione (che fa espressamente riferimento agli artt. 299,300 e 304 c.c.), nella parte in cui, mediante rinvio all’art. 300, comma 2, c.c., prevede che l’adozione non induce alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante, ravvisando la contrarietà al principio di uguaglianza della privazione dei figli adottati mediante adozione “mite” dei legami parentali di cui all’art. 74 c.c. e di cui godono invece i figli nati sia in costanza sia fuori dal matrimonio.

78 Corte cost., n. 33/2021, § 5.4. Questo passaggio della sentenza, pur in considerazione della circostanza che la maternità surrogata sia una pratica penalmente sanzionata e apertamente condannata dalle Sezioni Unite e dalla stessa Corte costituzionale (sent. 18 dicembre 2017, n. 272, cit.), evidenzia come le questioni ad essa sottoposte “sono però focalizzate sugli interessi del bambino nei suoi rapporti con la coppia che ha sin dall’inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita. VALENZA, *op.loc.cit.*, p. 789.

79 RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, cit., pp. 419-20.

80 Rilevante a tal fine il distinguo tra l’espressione ‘*best interest*’ rispetto a ‘*best interests*’ del minore. Cfr. LAMARQUE, MINGARDO, *Gestazione per altri e best interests of the child. La prospettiva della Corte costituzionale italiana*, cit., pp. 129-30. «La variante plurale/ista sostenuta dalla Corte costituzionale, con la

In tale valutazione, rimessa al giudice, rientreranno pertanto tutti gli aspetti che concorrono a definire l'identità del minore. Secondo la Corte di cassazione sussiste il diritto del figlio, anche dopo la morte della madre, di conoscere le proprie origini biologiche per il sostanziale venir meno delle ragioni di protezione dell'identità della madre che non ha voluto essere nominata nella dichiarazione di nascita come prevede l'art. 30, co. 1, del d.p.r. 3-11-2000, n. 396. La conoscenza delle proprie origini materne e paterne oltre ad essere un diritto del minore è destinata inevitabilmente ad incidere sulla sua vita e sulla sua identità, ne deriva il pregiudizio che può derivare al figlio a causa del mancato riconoscimento o di un riconoscimento consapevolmente falso⁸¹.

5. Offensività delle fattispecie.

Il divieto di surrogazione di maternità, ai sensi dell'art. 12, comma 6, l. n. 40, è penalmente sanzionato. Tale pratica, tuttavia, è consentita in altri Stati europei ed extraeuropei, ingenerando un fenomeno migratorio in continua ascesa, che vede cittadini e coppie italiane partire per le mete garantite al raggiungimento del risultato precluso sul territorio nazionale, e tornare con un certificato attestante, a seconda dei casi, l'attribuzione della "genitorialità sociale" o ad uno o ad entrambi i componenti della coppia committente. Le variabili della surrogazione di maternità hanno sollevato - come si è visto - una importante serie di questioni rilevanti sotto il profilo civilistico, quale soprattutto quello della trascrivibilità, o meno, nei nostri registri di stato civile di tali atti di nascita, validamente formati all'estero che i nostri giudici si sono dovuti misurare, in mancanza di una apposita normativa, con il divieto di maternità surrogata e con le problematiche che ne derivano e «che attengono sia ai possibili conflitti di maternità quanto e soprattutto alla necessaria determinazione dello *status* del figlio nato da gestazione per conto di altri», fino ai riverberi penalistici del reato di alterazione di stato *ex art.* 567, comma 2 c.p. e delle false comunicazioni a pubblico ufficiale *ex art.* 495, comma 2 n. 1 c.p.

L'atto di disposizione del corpo umano è illecito, qualora sia contrario alla legge o all'ordine pubblico *ex art.* 5 c.c. Colmando i *gap* del contesto evolutivo-storico in ordine ad un "diritto di essere madre senza gravidanza" - non solo attraverso l'adozione - il diritto deve collocare normativamente (stabilendo dei limiti negativi e positivi di fattispecie da un punto di vista esclusivamente penalistico) "una madre genetica che mette a disposizione l'ovocita" e "una madre gestante che accoglie l'embrione" in una sorta di negozio atipico a titolo gratuito (se-

sentenza n. 33, compie una meritoria opera pedagogica nei confronti dei molti giudici, operatori del settore minorile e commentatori che purtroppo ancora oggi trovano molto comodo usare il principio del preminente, o superiore, interesse del minore come uno *slogan*, e continuano ad appellarsi a una astratta, automatica e tirannica prevalenza dell'interesse del minore su ogni altro bene, interesse o diritto in gioco per sottrarsi all'onere di una motivazione approfondita e rigorosa delle proprie scelte. Quando si afferma, erroneamente, che secondo il principio dei *best interests* il bene del bambino deve automaticamente prevalere sempre e comunque su ogni altra considerazione, infatti, si autorizza l'interprete a omettere o a relegare in secondo piano, nella motivazione del proprio provvedimento, gli altri elementi che pure egli forse ha valutato per giungere alla soluzione finale. L'effetto perverso di questo atteggiamento può essere duplice. Se il bilanciamento dell'interesse del minore, nella situazione concreta in cui egli si trova, con altri interessi e diritti è stato comunque correttamente effettuato, si rischia che dalla motivazione del provvedimento non emergano i beni che sono stati bilanciati e i motivi reali della decisione; mentre se il bilanciamento non è stato corretto, o addirittura se l'interprete ha voluto tutelare interessi diversi e opposti a quelli del minore, l'erroneità di questa operazione resta coperta dall'immotivato, apodittico, assorbente richiamo al principio del superiore interesse del minore come fondamento della decisione».

81 K. MASCIA, *Maternità surrogata: è irragionevole riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello di 'intenzione'*, (Nota a Cassazione civile, 21 gennaio 2022, n.1842, sez. I), in *Diritto & Giustizia*, fasc.16, 2022, p. 4.

condo la normativa civilistica), con connessa abdicazione del ruolo parentale della madre surrogata. Una così dettagliata chiarificazione del negozio giuridico sottinteso al rapporto futuribile tra genitori d'intenzione e genitori biologici e/o di gestazione escluderebbe le ipotesi lecite di "surrogazione di maternità" a titolo gratuito, medicalmente controllato, senza *escamotages* di turismo procreativo all'estero o peggio di sfruttamento umano e/o minorile dal quadro normativo della legge 40/2004.

Ne conseguirebbe - come sta avvenendo - la possibile liceità della trascrizione degli atti stranieri di riconoscimento della maternità surrogata ai sensi dell'art. 8 CEDU, dell'art. 24 della Carta europea dei diritti dell'uomo, dell'art. 3, § 1, della Convenzione dei diritti del fanciullo con tutte le obiezioni del caso - come già fatto dalla Cassazione francese, per cui se si trascrivessero gli atti di nascita prodotti all'estero si finirebbe per riconoscere effetti giuridici al contratto di maternità surrogata, vietato *in loco*.

Qualche osservazione si impone doverosamente in tema di offensività della fattispecie anche nelle prospettive futuribili di estensione extraterritoriale. In un importante lavoro sull'argomento con riferimento alla tutela della dignità della gestante, quale possibile bene giuridico da tutelare, autorevole dottrina affronta il tema, nella considerazione che la fattispecie di realizzazione della surrogazione di maternità incrimini il medico che applichi la P.M.A. a una donna diversa da colei che intenda assumere la genitorialità sociale del nato. Il reato di cui all'art. 12, comma 6, in tal senso, rientrerebbe tra gli "illeciti di concepimento", volti a impedire una gestazione e una nascita ritenute inopportune»⁸².

Altra variabile di valore persegue la finalità di evitare lo sfruttamento di un individuo, con contestuale offesa alla sua personalità individuale. Tale profilo coprirebbe le aree di sguarnita tutela della madre surrogata in casi di strumentalizzazione di una sua condizione di vulnerabilità fisica, psichica od economica, escludendo i casi - rarissimi - possibili di donna in salute che si offra di condurre la gravidanza spontaneamente e per ragioni puramente solidaristiche.

Il valore della persona come bene giuridico da tutelare deve fare riferimento all'uso di metodi coercitivi, alle prestazioni "squilibrate" di denaro, al perseguimento di fini di lucro da parte del soggetto agente, declinando il delitto nel fenomeno concreto delle ipotesi di costrizione o di mercificazione della reclutata gestante/madre surrogata. Sulla stessa scia bene protetto potrebbe includere la salute della gestante, sottoposta alla PMA, qualora sopravvengano o sussistano a monte patologie gravi che possano nuocere alla donna e ai bambini. Situazione più complessa attiene le questioni etico morali giuridiche, connesse alla considerazione di assenza di coniugio o di rapporti omogenitoriali o genitoriali *same sex*, su cui non occorre - per il momento - prendere posizione.

E' difficile, pertanto, individuare un punto di equilibrio dei diritti di ciascun soggetto coinvolto nella pratica di surrogazione di maternità *ex art. 5 l. 40/2004*. Altrettanto complessa è proprio la definizione della fattispecie penale.

A parere di chi scrive l'intervento del legislatore del 2004 meriterebbe un *restyling* giuridico proprio nella formulazione del divieto/precetto penale. E le proposte di legge da esaminare dovrebbero approfondire il profilo della tipicità ed offensività dell'art. 12, comma 6, per porre fine ad un "*far west/noland*" della tutela dell'embrione e della salute della donna. La descrizione del fatto incriminato nella l. 40/2004 da sempre - infatti - presenta termini "fluttuanti", di dubbia collocazione finalistica (di scopo) se a titolo gratuito o dietro pagamento. Senza considerare che la donna che aspira a diventare madre non ha alcun legame biologico

82 Cfr. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit. Vedi anche TIGANO, *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona*, cit.

col concepito. Ne consegue un evidente difetto di precisione/tassatività per chi realizza/ese-
gue/attua la maternità surrogata, chi la organizza, chi la pubblicizza. La mancanza di deter-
minatezza deriva per un verso dal ricorso all'espressione "surrogazione di maternità" ad
identificare l'unico elemento costitutivo della fattispecie, senza specificare nel merito la com-
plessità della pratica, (numerosità e varietà dei fenomeni a essa riconducibili), per altro verso
da condotte criminose generiche, dettate da verba neutrali. Dall'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004
non emerge chiaramente né quale tipologia di maternità surrogata il legislatore intenda vie-
tare (solo la surrogazione parziale, solo quella totale oppure entrambe), né cosa si intenda
per "realizzazione" della medesima. L'attenzione dell'interprete va spostata sul piano della
tutela dell'interesse del nato alla certezza dei rapporti familiari, suscettibili di essere alterati
una volta che la partorientente lo ceda all'aspirante madre sociale

6. Il particolare per l'Universale. L'universale per il Particolare. Suggestioni conclusive.

Nella concettualizzazione del significato di maternità surrogata -dato primario nell'esege-
si delle proposte di legge e delle parziali soluzioni giurisprudenziali - è definibile in senso
prospettivo una evidente polarizzazione tra l'idea di "amore universale", che trascende i li-
miti umani, giuridici, sessuali, di luogo e di tempo⁸³, per focalizzare una visione senza eguali,
- che unisce padre, madre e prole, e nello specifico, madre e figli, senza il bisogno di un cor-
done ombelicale reale/di un contatto fisico-sessuale/di promesse indimenticabili, pronte ad
infrangersi al primo ostacolo del quotidiano. La maternità surrogata è amore universale, che
si manifesta nelle forme medico scientifiche dell'inseminazione artificiale, della procreazione
medicalmente assistita, non solo omologa, con elementi biologici provenienti dalla coppia
stessa, ma anche eterologa.

Ma la maternità surrogata è anche particolare, quel dettaglio specifico -ultra rilevante- che
si trasforma nella trascrizione dell'atto di nascita del neonato negli uffici del registro civile
per definirne identità, tutela, diritti.

In questa *mesotes*⁸⁴ il punto di equilibrio dei diritti/doveri, delle relative posizioni giuridi-
che è tracciato dalla legge n. 40/2004. Proprio nella valorizzazione simbolica dell'art. 12 com-
ma 6 - alla discussione parlamentare del caso - concludo agganciandomi alla secolare traspo-
sizione aristotelica di universale/particolare. La maternità surrogata tra universale e partico-
lare corrisponde a due diverse messe a fuoco dell'osservatore/giurista. E' una scelta univer-
salistica quella di abbattere i vincoli limitanti nello sforzo di far (ri)acquistare alle coppie im-
possibilitate (*same sex*), sterili, non fertili, dignità genitoriale - sia pure *dissociata* - enfatizzan-
do le somiglianze, piuttosto che le differenze con la maternità *ordinaria*⁸⁵.

Riconoscere tale maternità, tuttavia, significa conferire quella grandezza, univocità e veri-
tà che solo l'universale conosce e abbraccia, escludendo prototipi alterati di commercializza-
zione, sfruttamento, sottovalutazione dei profili futuribili del/i concepiti, divisi da territori e
legge diverse. Categorizzando la maternità surrogata tra universale e particolare, si propone

83 Sia consentito il richiamo paradossale al concetto di "immacolata concezione", riportato da Luca nel Nuovo
Testamento (Lc., 1, 27-35, («Come avverrà questo, poiché non conosco uomo?»)). Il concepimento della vergine
Maria, cui fu annunciata la nascita di Gesù, al sesto mese, dall'Arcangelo Gabriele è l'emblema dell'amore
divino, su cui si incentra la religione cristiana, espressione della spiritualità massima.

84 SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*,
cit., 855.

85 Cfr. Sull'uniformità del linguaggio reale e legale cfr. P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ.*
comm., II, 2000, pp. 195-196: «il concetto di madre e di maternità nel linguaggio comune non presentava
ambiguità; e come avviene quando un concetto, e soprattutto il suo significato, trovano radici nell'esperienza
comune e non hanno bisogno di precisazione, il linguaggio giuridico assorbe termini e significato del (e dal)
linguaggio corrente».

- anche alla discussione parlamentare - una duplicità di modello di analisi, un modello pluriforme che può essere applicato ad aree del reale umano/genitoriale non ancora esplorate. Se le indagini giuridico-normative si rendono necessarie è perché il numero dei casi sottoposto all'attenzione dei giudicanti e dell'opinione pubblica si rileva imponente⁸⁶. La maternità surrogata copre posizioni che potremmo definire miste, attraverso un modello di intellegibilità astratta - ma definita e definibile, come la legge (oltremodo necessaria) e un modello di perfezione concreta, ma indefinito e/o indefinibile, come l'amore di un genitore per il proprio figlio.

⁸⁶ Da ultimo, ma non ultimo la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU, n. 239 del 31 agosto 2023), che ha condannato l'Italia per il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione tra il padre biologico e una bambina nata nel 2019 in Ucraina tramite GPA. La pronuncia si segnala in quanto pone un argine a un'interpretazione eccessivamente restrittiva - fino al punto di divenire lesiva dei diritti del minore - data da uffici dell'anagrafe e tribunali nazionali alla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di maternità surrogata.