

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

FABRIZIO FILICE

La nuova incriminazione della gestazione per altri.  
Problematiche definitorie e interpretative

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

*online first*  
*31 gennaio 2024*

# La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative

## Sommario

1. Introduzione. – 2. Che cos'è un reato universale? – 3. La giurisdizione extraterritoriale. – 4. La finalità interpretativa dell'intervento legislativo. – 5. Conclusioni.

## Abstract

La controversa fattispecie incriminatrice che prevede la punibilità con la reclusione della maternità surrogata, anche se realizzata interamente all'estero, non costituisce un'ipotesi di crimine internazionale soggetto a giurisdizione universale. La normativa italiana non considera la necessità, imposta dalla Corte europea dei diritti umani, di accertare che vi sia stato effettivamente uno sfruttamento delle donne e di assicurare sempre la salvaguardia dei legami parentali tra genitore intenzionale e figlio nato da maternità surrogata.

*The controversial criminal law under which surrogacy, even if carried out entirely abroad, will be punishable by jail, is not an international "core crime", as such submitted to the universal criminal jurisdiction. Italian legal system does not consider the necessity, given by ECHR, to go over the cases in which there was exploitation of women, and to ensure, anyway, the preservation of the family ties between the minor and the intentional parent.*

## 1. Introduzione

Nella seduta di mercoledì 26 luglio 2023 la Camera ha deliberato la modifica dell'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, approvando la proposta di legge C. 887-A (Varchi *et alii*), previamente riunita alle proposte C. 342 (Candiani) e 1026 (Lupi).

L'articolo 12, comma 6, della Legge 40 del 2004 prevede che chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

La modifica approvata alla Camera aggiunge alla fattispecie incriminatrice la previsione che le pene ivi stabilite si applicano anche quando il fatto è commesso all'estero da un cittadino italiano.

---

\* Giudice del Tribunale di Milano. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

Secondo la narrazione veicolata ai media la modifica in esame avrebbe l'effetto di rendere il divieto di maternità surrogata un "reato universale": una definizione, questa, chiaramente a uso mediatico e che vorrebbe significare un superamento incondizionato dei limiti della territorialità nel nome di un fine supremo. Un fine che, riprendendo le parole di una delle proposte riunite e oggetto di approvazione (C. 342, Candiani), sarebbe quello di "ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini".

Come spesso accade, in tempo di populismo penale, l'uso dello strumento repressivo si atteggia in modo puramente ideologico e teso a utilizzare lo strumento penale per criminalizzare aree comportamentali (e sempre di più anche aree esistenziali) che si riconoscono come affini alle controparti politiche, e quindi come espressione del relativo humus culturale.

Questo uso abnorme del diritto penale comporta anche una distorsione linguistica che è ormai divenuta una costante di un certo modo di legiferare, per la quale espressioni che vengono coniate a fini meramente comunicativi e propagandistici non solo fanno ingresso nel lemmario giuridico, costringendo i giuristi teorici a confrontarsi con veri e propri *nonsense*, ma condizionano anche la tecnica stessa di redazione del provvedimento legislativo, con la conseguenza che il *nonsense* linguistico fa ingresso, tramite un testo di legge vincolante, nel sistema giuridico positivo, nel quale andrà inevitabilmente a costituire un elemento totalmente distonico, difficilmente coordinabile con i principi costituzionali ed europei, e foriero di molteplici problematiche che si porranno al giurista pratico nel momento della concreta applicazione.

Quella del "reato universale" è senza dubbio una vicenda emblematica da questo punto di vista.

## 2. Che cos'è un reato universale?

Cominciamo con il chiarire che non esistono "reati universali". Esiste piuttosto una giurisdizione penale universale, propria del diritto internazionale penale, che ha a oggetto i "crimini internazionali", espressione, questa, che ha un significato molto preciso.

Dopo la Seconda guerra mondiale la comunità internazionale si è dotata di strumenti giuridici appositamente deputati a regolare i conflitti armati: le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, anzitutto, cui si sono aggiunte le Convenzioni Onu contro il genocidio (1948) e contro la tortura (1984), sino ad arrivare, nel 1998, allo strumento più importante, lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, entrata in funzione nel 2002.

La Corte ha giurisdizione sui crimini di guerra, sui crimini contro l'umanità, il genocidio e l'aggressione; sono questi i cc.dd. "*core crimes*" del diritto internazionale, la cui principale caratteristica è il carattere massivo (c.d. "*contextual threshold*") che ha anche delle importanti ricadute processuali. Questi crimini vengono infatti considerati imprescrittibili, per loro non vale l'immunità e vale invece la giurisdizione appunto "universale", cioè estesa a qualsiasi Paese.

Una caratteristica molto importante della giurisdizione internazionale penale è la complementarietà, per la quale la giurisdizione della Corte penale internazionale si attiva solo quando lo Stato parte non abbia la volontà o la capacità (*unwilling or unable*) di processare i crimini commessi sul suo territorio.

Ciò presuppone ovviamente che ogni Stato parte dello Statuto di Roma si sia dotato, in conformità agli obblighi assunti con la sua ratifica, di un apparato penalistico, sostanziale e processuale, deputato alla giurisdizionalizzazione interna dei crimini internazionali.

Non è però un mistero che il legislatore italiano ha sempre mostrato disinteresse nei confronti della giurisdizione penale universale.

E di questo disinteresse è emblematico proprio l'atteggiamento recentemente assunto dal governo italiano in materia.

Nella precedente legislatura era infatti stata istituita una commissione per elaborare un progetto di codice dei crimini internazionali (conosciuta come Commissione Pocar Palazzo) che era pervenuta a un testo unificato, approvato il 24 maggio 2022 e consegnato al Ministero per l'avvio dell'iter legislativo.

Nel marzo 2023, però, il Consiglio dei ministri ha approvato un disegno di legge che stravolge completamente il testo della commissione dal quale ha stralciato, ai fini dell'elaborazione di un ulteriore disegno di legge (senza alcuna definizione di tempi certi), l'intero settore dei crimini contro l'umanità e il crimine di genocidio.

Di questo disegno di legge, già fortemente elusivo degli obblighi assunti con lo statuto di Roma, non si è più saputo nulla e oggi ci troviamo nuovamente al punto di partenza; così, a più di vent'anni dallo Statuto di Roma, l'Italia non è ancora in grado di adempiere alle obbligazioni dello Statuto in materia di giurisdizione universale, da ciò derivando anche conseguenze non marginali in tema di "irrelevanza" politica del nostro paese in relazione ai dossier geo-politicamente più rilevanti, i.e. il fronte russo-ucraino al quale si è recentemente aggiunta la riacutizzazione dell'area israello-palestinese.

L'Italia continua a porsi, per scelta politica, completamente fuori dai giochi della giurisdizione penale universale, ecco perché sostenere che il parlamento si appresti ora ad approvare un "reato universale", che tra l'altro non ha assolutamente nulla a che fare con i crimini internazionali, è un vero e proprio *nonsense* politico-giuridico.

### 3. La giurisdizione extraterritoriale

La Legge 40 del 2004 ha semplicemente introdotto una fattispecie incriminatrice, quella del divieto di gestazione per altri, che, nel caso in cui la condotta sia compiuta in parte o interamente all'estero, potrebbe rientrare nelle ipotesi di giurisdizione extraterritoriale delineate agli articoli da 7 a 10 del codice penale e, in particolare, nel caso del delitto comune commesso dal cittadino italiano all'estero, ai sensi dell'articolo 9: secondo il quale il cittadino italiano che commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato; mentre se si tratta, come nel caso di cui ci stiamo occupando, di un delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del ministro della giustizia ovvero a istanza o a querela della persona offesa.

Il reato di gestazione per altri appartiene, sin dall'inizio, a questa categoria e il disegno di legge in questione non sposta minimamente i termini della questione.

Allora è il caso di chiedersi quale sia la vera finalità di questo intervento legislativo, che non può chiaramente consistere nella riaffermazione di un contesto normativo già esistente e pienamente operativo nell'ordinamento così com'è.

### 4. La finalità interpretativa dell'intervento legislativo

Per capire a quale risultato il legislatore voglia arrivare ci è utile vedere come il reato di gestazione per altri è stato affrontato dalla giurisprudenza sino ad ora.

La casistica giurisprudenziale è molto ridotta, il che è ampiamente comprensibile considerata la piccola percentuale di persone italiane che ricorre a questa tecnica in uno dei molti Stati nei quali, con diverse regolamentazioni giuridiche, essa è ammessa.

Un precedente molto importante, forse l'unico ad avere affrontato sistematicamente la natura del

reato e le sue conseguenze in termini repressivi, à la sentenza della Corte di cassazione, quinta sezione penale, n. 13525 del 10 marzo 2016.

Il caso riguardava una coppia italiana eterosessuale che era ricorsa alla tecnica della gestazione per altri in Ucraina, nel 2014; tecnica con la quale era nato il minore poi trasferitosi in Italia con i genitori (il padre in qualità di genitore biologico, in quanto donatore del seme, e la madre in qualità di genitrice intenzionale, in quanto gli ovuli utilizzati per l'impianto provenivano da una donatrice esterna e la gravidanza era stata condotta e portata a termine da una madre surrogata).

Entrambi i genitori, rientrati in Italia, erano stati sottoposti a processo in forza di una richiesta presentata da un sottosegretario di Stato su delega del ministro.

La Cassazione, investita del ricorso del Procuratore della Repubblica avverso la sentenza di proscioglimento emessa dal giudice dell'udienza preliminare, ha anzitutto superato la questione formale che la richiesta, prevista dall'articolo 9 del codice penale, fosse stata presentata non dal ministro ma da un sottosegretario da lui delegato, ritenendo che, avendo tale richiesta una natura meramente amministrativa e non tipicamente politica, essa è delegabile a qualsiasi dirigente o funzionario dell'articolazione ministeriale competente in materia.

Entrando invece nel merito della contestazione la Corte sviluppa l'argomentazione più interessante, che è quella sulla riserva di "doppia incriminazione".

Si distinguono, al riguardo, due diverse impostazioni.

Secondo la prima la giurisdizione extraterritoriale sui delitti comuni necessiterebbe, per la sua attivazione, della doppia e mutua incriminazione del delitto che si intende perseguire, il quale dovrebbe essere oggetto di criminalizzazione non solo in Italia ma anche nello Stato estero in cui è commesso.

Si tratterebbe, in sostanza, di ritenere operativa la stessa riserva di doppia incriminazione prevista in materia di estradizione (art. 13, secondo comma, c.p.) anche in materia di giurisdizione extraterritoriale sui delitti comuni, in forza di una analogia *in bonam partem*.

Una seconda impostazione, senza avallare tale conclusione, ritiene però che in ogni caso il difetto di doppia incriminazione possa essere valutato insieme ad altri elementi ai fini della "scusabilità", ai sensi dell'articolo 5 c.p., dell'ignoranza o quantomeno della non corretta interpretazione della legge penale interna.

Ciò significa che se si può pretendere che il cittadino conosca e si adegui a un divieto penale interno, non è così scontato che egli possa pensare che tale divieto, e quindi la punibilità della sua violazione, si estenda anche in altri Stati nei quali la stessa condotta, nella specie la maternità surrogata, non solo non è prevista dalla legge come reato ma è al contrario espressamente regolata con una disciplina legislativa che prevede schemi contrattuali tipici e legalmente ammessi, nonché la piena collaborazione della pubblica amministrazione: dal sistema sanitario, coinvolto nella realizzazione della pratica procreativa, agli uffici dell'anagrafe per la successiva registrazione degli atti di nascita.

La Cassazione aderisce a questa seconda impostazione e, nel confermare il proscioglimento dei due imputati, chiarisce che i pur ristretti margini della "inevitabilità" dell'errore di diritto – la cui ricognizione si riverbera, caducandola, sulla rimproverabilità della condotta – non si esauriscono nei cc.dd. "criteri oggettivi puri", secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte di ogni consociato (casi che attengono, per lo più, all'assoluta oscurità e non intelleggibilità del testo legislativo), ma si estendono anche ai casi di incertezza dell'interpretazione giurisprudenziale.

Ed è proprio a questa casistica che la Corte riconduce il caso del delitto di gestazione per altri: un caso obiettivamente molto singolare, nel quale un divieto penalistico interno attiene a una condotta che è non solo tollerata ma espressamente legalizzata e regolamentata nello Stato in cui il cittadino la realizza e che, soprattutto, ha anche costituito oggetto di elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti umani, la quale, in numerose sentenze, ha riconosciuto ai genitori che ricorrono a tale tecnica procreativa ove è consentita, e soprattutto ai minori che con tale tecnica sono nati, diritti inviolabili in materia di riconoscimento del legame genitoriale instauratosi tra il genitore intenzionale

e il minore.

Il principio consolidatosi a livello euro-unitario è, insomma, quello inverso rispetto alla prospettiva politica perseguita dallo Stato italiano: è la scelta di uno Stato di disincentivare il ricorso alla gestazione per altri che può essere “tollerata” in quanto espressione di una discrezionalità politica non del tutto coercibile dalle fonti sovranazionali umanitarie, ma entro precisi limiti consistenti nella salvaguardia del legame genitoriale instauratosi tra i genitori, biologici e intenzionali, e il minore nato con la gestazione per altri; salvaguardia che deve essere assicurata dagli Stati con uno strumento giuridico legale ed efficace, sia esso la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero piuttosto che il ricorso all'adozione da parte del genitore intenzionale.

Per tutti, si richiama il parere consultivo pronunciato il 10 aprile 2019 dalla Grande Chambre della Corte Edu, su richiesta della Corte di cassazione francese, in occasione della prima applicazione del Protocollo n. 16 allegato alla CEDU 7, ove si riconosce che rientra nel margine di apprezzamento di ogni Stato adottare politiche che scorraggino i propri cittadini dal ricorrere, recandosi all'estero, a pratiche procreative proibite nel proprio territorio, pur evidenziando l'incompatibilità con l'articolo 8 CEDU di divieti assoluti di riconoscimento dello *status filiationis* tra bambini nati con la maternità surrogata e i loro genitori, biologici e/o intenzionali.

È quindi contrario all'ordine pubblico internazionale l'assoluto impedimento frapposto dagli Stati al riconoscimento dello status di filiazione biologica e intenzionale da maternità surrogata.

Il parere consultivo, del resto, si pone in totale coerenza con la giurisprudenza della Corte Edu, la quale, come si detto, è costante nell'affermare che il mancato riconoscimento delle sentenze e la mancata trascrizione dei certificati di nascita che accertano in capo al minore nato da maternità surrogata lo stato di filiazione da entrambi i genitori, biologico e intenzionale, costituiscono un'interferenza nel diritto al rispetto della vita privata e sono contrari al superiore interesse del minore (casi *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11; *Labassee c. Francia*, n. 65941/11; *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18; *D.B e altri c. Svizzera*, ricorsi nn. 58817/15 e 58252/15).

Questo panorama interpretativo si è peraltro ulteriormente consolidato dopo la sentenza n. 13525 del 2016, bastando al riguardo considerare che il parere consultivo citato è del 2019 mentre il testo di compromesso recentemente adottato a Strasburgo per la riforma della direttiva sul traffico di essere umani include la maternità surrogata, ma solo “a fini di sfruttamento riproduttivo”, il che significa che non viene inclusa tra i reati la pratica *tout court* ma solo i casi in cui si possa dimostrare che vi è stato sfruttamento, e dunque coercizione, di una donna.

Questo esclude in radice dall'area del penalmente rilevante la “maternità surrogata solidale” e richiede, per i casi di “maternità surrogata commerciale”, un esame concreto e specifico sul tipo di regolamentazione vigente nello Stato in cui è stata realizzata, sulle modalità e soprattutto sulle garanzie sanitarie, economiche e giuridiche previste per la madre surrogata, al fine di poter stabilire se si è in presenza, o meno, di un caso di coercizione e di sfruttamento delle donne.

È chiaro che questo tipo di inquadramento, che si va ormai consolidando a livello europeo, collide con la pretesa nazionale di alcuni Stati, fra i quali l'Italia, di dichiarare una guerra politica “senza se e senza ma” alla surrogata: pretesa il cui spirito è stato sostanzialmente recepito, quantomeno in linea teorica, nella sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, n. 38162 del 30 dicembre 2022, la quale ha affermato che “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”.

È corretto dire “in linea teorica” perché la Corte ha fatto discendere da tale principio “etico” assolutizzante la conseguenza della non trascrivibilità in Italia del provvedimento giudiziario straniero, e a maggior ragione dell'originario atto di nascita estero, che indichino quale genitore del bambino, oltre a quello biologico, anche il genitore d'intenzione, facendo però salvo il ricorso all'adozione in casi particolari per raggiungere lo stesso fine; e questo perché non poteva sfuggire alla Corte che l'esclusione anche di tale rimedio si sarebbe posta insanabilmente in contrasto con la Convenzione Edu, attesa la

già citata incompatibilità con l'articolo 8 di divieti assoluti di riconoscimento dello *status filiationis* da surrogata.

## 5. Conclusioni

Possiamo quindi distinguere con un certo grado di chiarezza il vero obiettivo della nuova incriminazione: obiettivo che, ancora una volta, risiede nella volontà di neutralizzare l'indipendenza del potere giudiziario nell'interpretazione della legge.

L'espressa dizione normativa che viene aggiunta all'articolo 12, comma 6, della Legge 40 del 2004, per la quale tale norma "si applica anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano", non ha infatti alcuna funzione additiva o modificativa dell'assetto penalistico già esistente in materia ma ha evidentemente l'unico fine di superare per via normativa il ragionamento interpretativo fatto proprio dalla n. 13525 del 2016, andando cioè a porre nel precetto stesso la chiarificazione che il divieto si applica, certamente e incondizionatamente, anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano, in modo che non si possa più basare un proscioglimento sulla ritenuta "scusabilità" dell'errore giuridico sul punto.

Un intervento che, in ultima analisi, è davvero di poco spessore ed è ben lontano dal lambire i pubblicizzati profili di universalità della giurisdizione, che nulla c'entrano con questa fattispecie.

Ed è, soprattutto, un intervento che lascia intatta la problematica internazionalistica di fondo, che sta nella chiara intenzione politica di uno Stato, in questo caso l'Italia, di adottare, in una materia che coinvolge direttamente il diritto alla vita privata e familiare dei genitori e del minore, una regolamentazione assolutamente e incondizionatamente impeditiva della gestazione per altri, eludendo i limiti imposti dalla regolamentazione europea e sovranazionale che, sempre di più, vanno circoscrivendo i perimetri delle normative impeditive e sanzionatorie in materia ai soli casi in cui sia dimostrato che vi è stata coercizione, e quindi sfruttamento, della donna, e comunque assicurando sempre la possibilità di ottenere il riconoscimento legale dello *status filiationis* per salvaguardare, nel superiore interesse del minore, i legami familiari instauratisi.