

GenIUS

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

ANTONIO VALLINI

La rana che voleva farsi bue
e il reato di surrogazione di maternità
che voleva farsi universale

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

online first
20 febbraio 2024

La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale

Sommario

1. Nel laboratorio di una clausola di diritto penale transnazionale. - 2. *De iure condito*: la atipicità, all'estero, dei delitti di alterazione di stato e falso documentale... - 3. ...e l'ardua estensione della legge penale italiana a fatti tipici di surrogazione realizzati all'estero. - 3.1. Il controverso e paralizzante requisito della doppia incriminazione. - 3.2. Il fatto commesso all'estero da cittadino italiano e il rilievo della esistenza, e cittadinanza, del soggetto passivo. - 3.3. L'irrilevanza a priori del fatto commesso all'estero da cittadino straniero. - 4. *De iure condendo*: gli effetti attesi in punto di estensione dell'incriminazione nello spazio. - 5. Il dubbio superamento del criterio della doppia incriminazione, tra legalità, funzione rieducativa della pena, logiche di un biodiritto laico e pluralista. - 5.1. Conferme a contrario ex artt. 7 e 8 c.p. - 6. I limiti del fatto tipico rispetto ai soggetti attivi e alle pratiche vietate. - 7. Possibili questioni di costituzionalità. - 8. Osservazioni conclusive.

Abstract

La proposta, già approvata in un ramo del Parlamento, di rendere punibile il cittadino italiano che realizzi all'estero una surrogazione di maternità – anche se non presente sul territorio dello Stato – è intesa a ridurre e semplificare le ordinarie condizioni di estensione della legge penale nello spazio, determinando un regime derogatorio *in malam partem* fondamentalmente irragionevole. Questa dilatazione geografica aggrava i già notevoli problemi di determinatezza della fattispecie, e può porsi in contrasto con i principi di legalità nonché con la funzione rieducativa della pena, nella misura in cui pretende di imporre una (opinabile) scelta etico-penale italiana entro contesti socio-giuridici che non la condividono affatto. Nello studio si sondano, dunque, possibili rimedi, sia in chiave ermeneutica che in funzione di eventuali questioni di costituzionalità, con riferimento ad es. alla pretesa della doppia incriminazione, o a interpretazioni riduttive del tipo criminoso, alcune capaci persino di escludere gli aspiranti genitori dal novero dei soggetti punibili.

The legislative proposal, already approved in one chamber of Parliament, to make liable to criminal prosecution an Italian citizen who performs a surrogacy abroad - even if he is not present on the territory of the State - aims to reduce and simplify the ordinary conditions for the extension of the Italian criminal law in space, resulting in a fundamentally unreasonable derogatory regime in malam partem.

* Professore ordinario di diritto penale, Università di Pisa. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

This geographical dilatation aggravates the already considerable problems of legal certainty caused by the Italian offence, and may be at odds with the principles of legality as well as with the re-educative function of punishment, insofar as it claims to impose a (questionable) Italian ethical-penal choice within socio-legal contexts that do not agree with it at all. Therefore, in this paper possible remedies are explored, both from an interpretative point of view and in relation to possible questions of constitutional legitimacy, e.g. with reference to the claim of a dual criminality check, or to reductive interpretations of the crime, some even capable of excluding intended parents from the list of punishable perpetrators.

Alcuni hanno sostenuto che in qualunque luogo commetta-si un delitto, cioè un'azione contraria alle leggi, possa essere punito; quasi che il carattere di suddito fosse indelebile, cioè sinonimo, anzi peggiore di quello di schiavo; quasi che uno potesse essere suddito di un dominio e abitare in un altro, e che le di lui azioni potessero senza contraddizione essere subordinate a due sovrani e a due codici contraddittori.

Alcuni credono parimente che un'azione crudele, fatta per esempio, a Costantinopoli, possa essere punita a Parigi, per l'astratta ragione che chi offende l'umanità merita di avere tutta l'umanità inimica e l'esecrazione universale; quasiché i giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini e non piuttosto dei patti che li legano tra loro.

(C. Beccaria, Dei delitti e delle pene, § XXIX, Della cattura).

1. Nel laboratorio di una clausola di diritto penale transnazionale

Erano momenti in cui il nostro sistema penale veniva proposto come veicolo di sconfinata aspirazioni repressive.

Il presidente del Consiglio, alle prese con una problematica impennata degli sbarchi di migranti, ostentava l'ambizione di perseguire «per tutto il globo terracqueo»¹ i c.d. «scafisti»; mentre, per affrontare i crimini emergenti nei martoriati territori dell'Ucraina, il governo dichiarava il più serio intento di collaborare al reticolo di giurisdizioni nazionali universali che agevola l'operatività della Corte penale internazionale². Infine, si ribadiva l'imperativo categorico di fare della surrogazione di maternità un «reato universale», in modo da poterla perseguire ovunque realizzata, finanche dove legittimamente praticabile³.

Cosa rimane, oggi, di tanti annunci?

In quegli stessi giorni, il Consiglio dei ministri, per ragioni a tutt'oggi imperscrutabili, sostanzialmente affossava⁴ la proposta di un Codice dei Crimini internazionali in stato già molto avanzato di

1 Giorgia Meloni vuole cercare gli scafisti in «tutto il globo terracqueo», in www.ilpost.it, 10 marzo 2023.

2 Nel senso che ampiamente precisa M. La Manna, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, Napoli, 2020, pp. 147 ss.

3 F. Olivo, *Maternità surrogata reato universale. La maggioranza dimentica i figli di famiglie omogenitoriali e si occupa solo di questo*, www.huffingtonpost.it, con un'intervista a M. Pelissero.

4 A. Vallini, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Rivista italiana di di-*

elaborazione tecnica, e coperta da largo consenso in sede scientifica, politica e istituzionale⁵: così declinando l'opportunità di munire la nostra magistratura di una giurisdizione, e dei titoli di reato, in virtù dei quali sarebbero stati davvero giudicabili in Italia gli autori di atroci ed estese aggressioni ai diritti umani ovunque perpetrate, ivi compresi eventuali crimini contro l'umanità ai danni dei migranti in Nordafrica⁶. Nonostante le pressanti richieste di supporto avanzate dalla Procura della Corte penale internazionale, e per quanto i crimini internazionali tornino a manifestarsi nelle forme più sconvolgenti, tra Europa orientale e Medio Oriente, su questo aspetto il nostro governo ha deciso, insomma, di non decidere, abbandonando il nostro Paese nell'imbarazzante posizione di "fanalino di coda" del *network* dei firmatari dello Statuto di Roma. È invece al *dossier* "surrogazione di maternità" che si è scelto di dedicare lo spirito più costruttivo, la più implacabile coerenza: una fattispecie che *in sé* non costituisce affatto un "reato universale", riferibile a una pratica non avversata a livello di fonti internazionali⁷ e in molti paesi legalizzata o, comunque, non criminalizzata, e anche in Italia sanzionata con la pena, piuttosto contenuta, della reclusione da tre mesi a due anni (elevata invece la multa, da 600.000 a un milione di euro). Ben tre le proposte di legge presentate alla Camera dei Deputati in questa legislatura, abbinata per l'esame in Commissione giustizia, da cui – in data 15 giugno – è uscito un testo infine approvato in Assemblea.

Una rapida disamina di queste proposte, anche nelle parti caducate, può essere significativa non solo per intuire il *background* ideologico da cui tale processo origina (ancor meglio rivelato dalle relazioni introduttive), ma soprattutto per cominciare a impostare questioni più strettamente tecnico-penalistiche, utili per l'inquadramento critico di quello che attualmente bolle nel pentolone parlamentare con maggior probabilità d'essere, prossimamente, servito nei nostri piatti.

La proposta di legge AC 887 seccamente prescriveva che «le pene stabilite» dall'art.12, co.6, l. 40/2004, si applicassero anche «se il fatto è commesso all'estero» (con "fatto" comprendendosi, parrebbe, sia le figure della commercializzazione di gameti che quelle di surrogazione, con una equiparazione già in sé di dubbia ragionevolezza⁸). Una formula non del tutto appropriata, sebbene raramente

ritto e procedura penale, 2023, pp. 91 ss.; L. Baiada, *Che fine ha fatto il codice dei crimini internazionali?*, www.terzogiornale.it, 16 ottobre 2023.

5 E. Fronza – C. Meloni, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2022, p.1 ss.; S. Manacorda, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, pp. 779 ss.

6 V. ad es. *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC on arrest and extradition of suspects in relation to crimes against victims of trafficking in Libya*, www.icc-cpi.int, 21 ottobre 2022.

7 Solo il Parlamento europeo ha occasionalmente espresso un giudizio di disapprovazione, non riferito alla GPA in genere, bensì alle «pratiche coercitive in materia di salute sessuale e riproduttiva che non rispettano il diritto al consenso libero e informato delle donne», o alla «maternità surrogata a fini commerciali» (Relazione annuale 2019 del Parlamento europeo sui diritti umani, punto 26 e suggerimento 9; v. anche Relazione annuale 2021 del Parlamento europeo sui diritti umani, punti 11 e 60). Si veda peraltro, più di recente, il punto 10 della Risoluzione del Parlamento europeo del 30 marzo 2023 sullo Stato di diritto 2022, ove più genericamente – ma con specifico riferimento alla situazione italiana – si condannano «le istruzioni impartite dal governo italiano al comune di Milano di non registrare più i figli di coppie omogenitoriali». Già sul piano, più esteso, degli stati aderenti al Consiglio d'Europa, la Corte Edu constata un difetto di *consensus* (così già in Corte Edu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, e poi regolarmente nella giurisprudenza successiva cit. *infra*, nt. 21). Sulle significative variazioni di qualificazione e disciplina che emergono dalla comparazione: A.G. Grasso, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Roma, 2020, pp. 49 ss.; V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, pp. 5 ss.; infine Id., *La surrogazione di maternità in una prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in questa Rivista.

8 G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*,

già utilizzata (v. art. 501, 3 co., c.p.): nelle disposizioni codicistiche volte ad estendere la giurisdizione (si veda gli artt. 7 ss., o l'art. 604, c.p.) si parla, di solito e più opportunamente, di "punizione secondo la legge italiana" del fatto commesso all'estero, o di "applicazione all'estero" di disposizioni penali italiane, evocando un'estensione oltreconfine del *precepto*, prima che della *pena*; un disposto che sancisca un'estensione della sola "pena" potrebbe essere inteso come se *presupponesse*, non *disponesse*, l'eventualità di una applicazione della legge penale italiana al fatto commesso in territorio straniero, dunque rinviando alle disposizioni generali degli artt. 7 ss.. Ma, a tacer di questa sbavatura letterale, era l'idea stessa di una giurisdizione universale pura e incondizionata – cioè *al di là di qualsiasi elemento di collegamento all'ordinamento italiano* e, addirittura, *neppure mitigata dalla condizione procedurale della presenza del sospetto reo in Italia*⁹ – ad apparire difficilmente sostenibile. Un'opzione per la giurisdizione universale "incondizionata" implica non soltanto un sovraccarico del tutto ingovernabile per un sistema incentrato sull'obbligatorietà dell'azione penale, ma altresì una problematica ingerenza in spazi di altrui sovranità¹⁰, che, come tale, sarebbe opportuno si fondasse su motivazioni attentamente meditate, esposte, se del caso, a un vaglio di ragionevolezza¹¹; se non addirittura, secondo un orientamento sempre più accreditato¹², su di una autorizzazione espressa del diritto internazionale, quale quella che sembra riscontrarsi in materia di crimini internazionali e poco oltre¹³ (peraltro, persino in questa materia l'eventuale giurisdizione universale viene normalmente declinata in modo "condizionato")¹⁴.

La proposta AC 342 («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»), sia pure con formulazione inutilmente barocca, pareva offrire un'indicazione più chiara riguardo all'applicazione all'estero del divieto penale, avente ad oggetto la sola surrogazione di maternità, prima ancora della relativa pena. Avanzava, inoltre, propositi più cauti e praticabili in termini di giurisdizione, che non si pretendeva fosse universale, bensì estesa al fatto di sola surrogazione di maternità

www.sistemapenale.it, 2 maggio 2023.

- 9 Requisito, questo, ritenuto fondamentale per l'ammissibilità di una giurisdizione universale, alla luce di consuetudini internazionali che, oltretutto, si riferiscono alla possibilità di giudicare crimini che si pongono su ben altro livello di gravità, quali i crimini internazionali: M. La Manna, *La giurisdizione penale universale*, cit., pp. 214 ss.
- 10 Sulle disfunzioni di certi eccessi di giurisdizione universale (in rapporto, oltretutto, a crimini internazionali), v. M. La Manna, *La giurisdizione penale universale*, cit., pp. 34 ss., 83 ss.
- 11 Cfr. 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, p. 12; G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità*, cit.
- 12 Il diritto internazionale sembra ancora tendenzialmente ispirato dalla risalente e controversa decisione della *Permanent Court of International Justice* sul caso "Lotus" (Francia v. Turchia), del 7 settembre 1927 (in www.icj-cij.org), stando alla quale lo stato godrebbe di ampia discrezionalità nel decidere lo "spazio" applicativo del proprio diritto penale, salvo divieti specifici di diritto internazionale. Al riguardo, rinviamo alla articolata disamina di A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, 2006, pp. 68 ss. Si tratta, tuttavia, di un'impostazione sempre più pericolante e fortemente contestata in dottrina, la quale propende per circoscrivere l'ambito di espressione delle giurisdizioni universali ai soli casi autorizzati dal diritto internazionale: si veda P. Gaeta, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale degli Stati per crimini internazionali*, in *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino, 2005, pp. 497 ss., 504 ss.; M.A. Pasculli, *Studio sulla giurisdizione penale universale*, 2° ed., Padova, 2013, pp. 184 ss.; M. La Manna, *La giurisdizione penale universale*, cit., 3 ss., 169 ss., 206 ss., 231, 234 s.
- 13 M. La Manna, *La giurisdizione penale universale*, cit., pp. 53 ss.
- 14 M. La Manna, *La giurisdizione penale universale*, cit., pp. 196 ss.

se commesso all'estero "da cittadino italiano": accogliendo, dunque, una logica di personalità attiva, che traccia una connessione con l'ordinamento interno. Facendo poi prolissamente affiorare, nella disposizione, le pre-comprensioni del legislatore, aggiungeva come l'estensione nello spazio fosse operata «al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini»: così involontariamente offrendo più puntuali argomenti alle interpretazioni teleologiche e letterali volte a ridurre l'ambito applicativo dell'art. 12, co.6, l. 40/2004 alle sole condotte di carattere lucrativo, non solidaristico (*infra*, par. 6).

La proposta AC 1026 si esprimeva con un dire più asciutto, e di nuovo si riferiva al solo "cittadino italiano". Riproponeva, tuttavia, una formula incentrata sull'applicazione all'estero delle "pene", della cui ambiguità già si è detto; e, ancora, prescindeva dalla presenza del reo sul nostro territorio.

Il testo proposto all'Assemblea dalla II Commissione giustizia – AC N. 887-342-1026-A –, con il parere favorevole della Commissione Affari Costituzionali e della Commissione Affari Sociali, combinando le tre proposte, accoglieva invero l'orientamento sostanziale del progetto AC 1026, perfezionandolo sul piano tecnico e letterale, pur continuando ad escludere il prerequisite della presenza del reo sul territorio dello Stato. Il 26 luglio 2023 la Camera approvava detto testo, contrassegnato con il n. 887, di iniziativa dell'on. Varchi e altri, e assorbente i progetti n. 342 e 1026, con un'ulteriore modifica, volta a precisare che l'estensione di giurisdizione riguarda le condotte di cui all'art. 12, co.6, l. 40/2004 solo se aventi ad oggetto la surrogazione di maternità, non la commercializzazione di embrioni.

In definitiva, l'art. 1, e unico articolo, del testo attualmente all'attenzione del Senato (AS 824) è così formulato:

Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, infine, il seguente periodo:

«Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, [cioè in qualsiasi forma realizzare, organizzare o pubblicizzare la surrogazione di maternità] sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana»

Intento apparente del legislatore è quello di intercettare con la norma penale quel c.d. "turismo procreativo" (privo, di frequente, della spensieratezza che un vero turismo dovrebbe avere), finalizzato a usufruire di prestazioni di surrogazione di maternità là dove consentite e regolamentate. Una strategia, sinora, fundamentalmente priva di conseguenze penali in Italia, e invece ostacolata riguardo alla possibilità di trascrizione dell'atto di nascita ottenuto all'estero, e dunque rispetto al riconoscimento della genitorialità del padre o della madre meramente intenzionali¹⁵; i quali, tuttavia, ove par-

15 Si veda innanzitutto Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corriere giuridico*, 2018, pp. 446 ss., con nota di G. Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, nella quale si legge che «nel bilanciamento tra *favor veritatis* e interesse del minore occorre considerare la durata del rapporto instauratosi col minore; la condizione identitaria già da esso acquisita; le modalità del concepimento e della gestazione; la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato; la *considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale*» (corsivi nostri). Successivamente, Corte cost., 28 gennaio 2021, n. 33 (riguardo alla quale P. Veronesi, *Ancora sull'incerto mestiere del nascere e del diventare genitori: i casi di cui alle sentenze nn. 32 e 33 della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, pp. 483 ss.), nella quale si asserisce che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita». Su questa scia, la giurisprudenza ordinaria prevalente tende a negare la trascrizione per contrasto con l'ordine pubblico, *ex art. 18 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396* (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile). Fondamentali Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Foro*

tecipino di una significativa relazione familiare ed affettiva con il nato, potranno ricorrere all'adozione "in casi particolari" – praticabile anche in caso di coppia omosessuale¹⁶ - di cui la Corte costituzionale ha sollecitato una riforma volta a renderla più celere, effettiva e garantita¹⁷, e su cui la stessa Consulta è recentemente intervenuta per eliminare aspetti di disciplina pregiudizievoli per l'adottato¹⁸. La soluzione (in qualche modo di compromesso¹⁹, per molti al ribasso, almeno a diritto vigente²⁰) è ispirata

italiano, 2023, I, pp. 83, con nota di G. De Marzo, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*, ove si legge che «indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale. Nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta». Segue una manifestazione di consapevolezza di come si stia applicando una nozione "oggettiva" di dignità, che disdegna a priori la percezione che i singoli abbiano della propria dignità, tanto quanto il diritto all'autodeterminazione: rendendosi conto della problematicità di questo argomento, e rilevato come dal panorama comparato e dottrinale non emerga affatto una sicura condivisione di questi postulati di valore, men che mai in rapporto alla surrogazione di maternità, le Sezioni Unite fanno infine appello alla portata indeterminata e onnicomprensiva del delitto italiano di surrogazione di maternità, per affermare – passando repentinamente da una prospettiva "giusnaturalistica" ad altra decisamente "giuspositivista" – che di questa scelta legislativa si debba prendere atto. Prima ancora, e con affermazioni analoghe, Cass. civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Corriere giuridico*, 2019, p. 1198, con nota di D. Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*. V. altresì, sulla stessa linea, Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668, in *Ced* 657495; cfr. altresì Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029. Spendeva ampi argomenti per evidenziare la contrarietà all'ordine pubblico dell'eventuale trascrizione: C. Tranquillo, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 novembre 2015, pp. 10 ss., 14 ss.

- 16 Per un'applicazione recente dell'art. 44 lett. d) l. 184/1983, sulla scia della giurisprudenza citata nella nota precedente, in un caso quali quelli che qui interessano, v. Trib. Min. Trento, 21 luglio 2023, in www.osservatoriofamiglia.it, 15 settembre 2023. In dottrina, la soluzione era già stata proposta, con dovizia di argomentazioni, da V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, spec. p. 988 ss.
- 17 Corte cost. 33/2021, cit. Poco dopo, Cass. civ., sez. I, ord. n. 1842 del 2022, www.biodiritto.org, ha ritenuto non più compatibile con quest'ultima decisione della Corte la precedente delle Sezioni Unite n. 12193/2019 (ove invece ci si "accontentava" della "adozione in casi particolari" così come attualmente disciplinata), e ha dunque nuovamente rimesso la questione alle Sezioni Unite, proponendo una lettura "adeguatrice" intesa a valutare *volta per volta* se la surrogazione di maternità attuata all'estero renda la conseguente e asserita relazione genitoriale davvero "contraria all'ordine pubblico". Tanto accadrebbe, ad es., ove vi sia effettivo sfruttamento economico, degradante, della donna prestatrice d'utero, o comunque violazione della *lex loci*, o dove difetti qualsiasi relazione biologica col nato per cui, più che una surrogazione, saremmo di fronte ad un'elusione delle regole sulla adozione. Le Sezioni Unite hanno risposto negativamente, con la sent. 38162/2022, cit. nella nota precedente.
- 18 Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55, l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui, rinviando all'art. 300, co. 2, c.c., prevedeva che l'adozione in casi particolari (in essa considerando tutte le ipotesi di cui all'art. 44 l. 184/1983) non facesse sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Un ampio commento in F. Azzeri, *L'adottato in casi particolari e l'unicità dello stato di figlio: riflessi sistematici del tramonto di un dogma*, in questa *Rivista* 2022, pp. 180 ss.
- 19 V. Calderai, *The conquest of ubiquity, or: why we should not regulate commercial surrogacy (and need not regulate altruistic surrogacy either)*, in *Familia*, 2018, p. 408, ritiene che il riconoscimento della sola genitorialità biologica, e la possibilità di adozione per il partner del genitore biologico (senza differenziazioni tra coppie etero- ed omosessuali) costituiscano «*an appropriate response to the request of a balance between the interest of the child and public policy considerations*».
- 20 Critici, tra gli altri, Cass. civ., sez. 1, 20 aprile 2020, n. 8325 (v. il commento sostanzialmente adesivo di A. Scalera, *Sui nati*

dal criterio del *best interest of the child*, prevalente su ogni pur legittima istanza di prevenzione penale delle pratiche di surrogazione, secondo chiare direttive della Corte Edu²¹ (la quale egualmente prescrive, allo stato che prediliga procedure adottive, che esse corrispondano a criteri di certezza ed efficienza²²). Il nato non può essere degradato, invero, a strumento e vittima innocente di una politica criminale rivolta ai genitori²³, ed ha diritto ad una piena identità familiare e sociale, corrispondente, se possibile, a quella affettiva. In virtù dello stesso criterio, nonché per la fisiologica valorizzazione di una *veritas* naturalistica, la Corte Edu sollecita la trascrizione a favore del padre intenzionale e biologico²⁴, cioè colui che abbia impegnato i propri gameti nella pratica di surrogazione di maternità; trascrizione che è, appunto, il presupposto affinché il *partner*, genitore solo intenzionale, possa procedere alla suddetta adozione. Sulla stessa linea sembra ormai collocarsi la giurisprudenza interna²⁵.

da maternità surrogata si va verso la "fase 2"?», in *Questione giustizia*, 18 giugno 2020); G. Ferrando, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, e S. Celentano, "Tradizione", "natura" e pregiudizio. *Storie di figli nati a metà*, *ibidem*, 12 maggio 2020; M. Winkler, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *Il Corriere Giuridico*, 2019, pp. 1237 ss.

- 21 Costituisce un'ingerenza eccessiva e sproporzionata nella vita privata del minore (art. 8 Cedu) negare *a priori* qualsiasi riconoscimento del legame genitoriale effettivo e affettivo. Rientra tuttavia entro uno spazio di libero apprezzamento dello Stato stabilire quali debbano essere i mezzi per tale riconoscimento, per cui non si può derivare dalla Convenzione un obbligo di trascrizione, essendo strumento sufficiente (ma anche minimo necessario) una qualche forma di adozione. Da ultimo: Corte Edu, K.K. e altri c. Danimarca, 6 dicembre 2022, ove si prescrive la prevalenza del *best interest* del minore persino sulla comprensibile esigenza di sanzionare surrogazioni di maternità a fini di lucro. All'origine di questo orientamento: Corte Edu, Mennesson c. Francia, cit.; quindi, tra le altre, Corte Edu, 26 giugno 2014, Labassee c. Francia; Corte Edu, *Advisory Opinion*, 10 aprile 2019, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2019, pp. 764 ss., nota di A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, *ibidem*, pp. 757 ss.; Corte Edu, D.B. e altri c. Svizzera, 22 novembre 2022. Infine, conforta l'assetto che si sta configurando in Italia Corte Edu, Modanese c. Italia, 22 giugno 2023, che dichiara inammissibili i ricorsi di coppie omogenitoriali contro il rifiuto delle istituzioni italiane di riconoscere i certificati di nascita rilasciati in California e in Canada per bambini ivi nati tramite maternità surrogata, e con essi la paternità del genitore meramente intenzionale, quando invece quel riconoscimento veniva concesso al *partner* padre biologico. In questi orizzonti, fa storia a parte Corte Edu, Paradiso e Campanelli c. Italia, 27 gennaio 2015, e poi Gran Camera Corte Edu, 24 gennaio 2017. Il fatto era invero peculiarmente segnato da una illiceità *ab origine*, e secondo la stessa legge straniera: si trattava di una filiazione ottenuta in Russia e là riconosciuta valida, tuttavia (probabilmente) sulla base di dichiarazioni false dei committenti circa l'impiego dei propri gameti, trattandosi, invece, dell'illecito conseguimento di un figlio dal punto di vista biologico interamente altrui. L'Italia assegnava il bambino ai servizi sociali: veniva perciò condannata in prima istanza dalla Corte, con una decisione tuttavia ribaltata dalla Gran Camera.
- 22 Corte Edu, 10 aprile 2019, cit.. Sul significato di questa tipologia di pronuncia, in generale e rispetto al caso di specie, cfr. A. Scalera, *Sui nati da maternità surrogata*, cit.. V. anche Corte Edu, C. c. Italia, 31 agosto 2023.
- 23 G. Ferrando, *Gestazione per altri*, cit., p. 457, ricordando come la Corte costituzionale da tempo sancisca l'impossibilità di pregiudicare la sfera giuridica del figlio in ragione del «disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto da sanzionarla penalmente» – ad es. in caso di incesto (v. art. 251 c.c.), o di alterazione o soppressione di stato (cfr. Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31; 23 gennaio 2013, n. 7; 29 maggio 2020, n. 102). Invero, «i bambini, in quanto nati, sono persone con pienezza di diritti la cui tutela non può essere subordinata all'esigenza di reprimere comportamenti altrui che l'ordinamento, in un dato momento, ritiene riprovevoli e meritevoli di sanzione». Cfr. anche Cass., Sez. 1, n. 8325/2020 cit.; A. Scalera, *Sui nati da maternità surrogata*, cit..
- 24 Di recente la Corte Edu ha condannato proprio l'Italia per violazione dell'art. 8 Cedu (vita privata del nato) per la mancata formalizzazione, tramite trascrizione almeno parziale, di una paternità biologica acquisita all'estero mediante Gpa: Corte Edu, C. c. Italia, 31 agosto 2023, cit.
- 25 V. le sentenze citate nelle note precedenti.

Riguardo a questi orientamenti estranei alla competenza del penalista, per come influenzati da argomenti che, troppo arditamente, chiamano in causa l'incriminazione dell'art. 12, co.6, l.40/2004, già si è provato a proporre qualche considerazione critica un po' di tempo fa²⁶. Di essi daremo conto, nelle pagine che seguono, solo nella misura in cui valgano a meglio intendere considerazioni prettamente penalistiche, quali quelle che la riforma prossima ventura primariamente sollecita.

2. *De iure condito*: la atipicità, all'estero, dei delitti di alterazione di stato e falso documentale...

In effetti, quasi sempre fallimentari – per opposizione di una giurisprudenza del tutto prevalente, consolidata in Cassazione²⁷ – si sono rivelati sino ad oggi i tentativi dei pubblici ministeri di inquadrare vicende di surrogazione di maternità interamente consumatesi all'estero *sub specie* di alterazione di stato mediante false attestazioni (art. 567, co.2, c.p.), o di altri reati di falso (principalmente quello di cui all'art. 495 c.p.). Tentativi che provavano a censurare, fondamentalmente, le dichiarazioni rese dai committenti vuoi all'ufficiale di stato civile del paese straniero, per ottenere l'atto di nascita e un'attribuzione di genitorialità, vuoi, successivamente, all'autorità consolare italiana per la trasmissione di quella documentazione in Italia, ai fini della trascrizione nei registri di stato civile. Le suddette fattispecie criminose, incentrate su profili di falso documentale, constano di elementi che non si realizzano in nessuna di queste fasi, e comunque vivono di un'essenza normativa inevitabilmente condizionata dalla *lex loci*. Presuppongono, infatti, una distinzione tra "falso" e "vero" dipendente dai contenuti dell'obbligo di verità ricavabile dalla legge applicabile alla formazione del documento medesimo; d'altronde, la "verità" del rapporto di filiazione non è necessariamente correlata al dato naturalistico, giacché ogni ordinamento riconosce attribuzioni di genitorialità fondate sul consenso, capaci di far prevalere, sull'interesse alla *veritas* biologica, esigenze di certezza negli *status* e/o la collocazione giuridica e sociale del minore in ambienti familiari che ne garantiscano appieno il diritto alla affettività.

Ora, per quanto ci si possa considerare, con piglio tolemaico, il punto centrale di irradiazione

²⁶ A. Vallini, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, pp. 221 ss. Per osservazioni critiche aggiornate a più recenti decisioni della Corte costituzionale, e all'ultima dottrina civilistica: F. Azzarri, *L'adottato in casi particolari*, cit., pp. 199 ss.

²⁷ *Ex plurimis*, con accenti variabili nelle motivazioni: Trib. di Trieste, 4 ottobre 2013, www.dirittoegiustizia.it, 31 ottobre 2013; Trib. Milano, 15 ottobre 2013, www.penalecontemporaneo.it; Trib. Milano, 14 aprile 2014, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 418, con nota di T. Trinchera, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*; Trib. Varese, 8 ottobre 2014, www.penalecontemporaneo.it, nota di T. Trinchera; Trib. Pisa, 15 aprile 2015, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, pp. 1543 ss., nota di A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 8060, in *Ced* 266167; Cass. pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525, in *Diritto penale processuale*, 2016, p. 1085, nota di A. Madeo, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*; Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2016, n. 48696, in *Diritto penale processuale*, 2017, p. 896, nota di A. Vallini, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*. In senso apparentemente contrario a questo indirizzo Trib. Brescia, 26 novembre 2013, www.penalecontemporaneo.it: vedi però ivi la nota di T. Trinchera. Condannava, invece, per il reato di cui all'art. 495, comma 2, n. 1, c.p.: Trib. Milano, 8 aprile 2014, cit. Nella dottrina penalistica, tra i primi E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Carlo Flamigni e Maurizio Mori*, in *Notizie di Politeia*, 2014, p. 79.

universale di ciò che è giusto e vero in queste materie, ovviamente l'ufficiale di stato civile straniero è vincolato alla legge del proprio paese, non certo a quella italiana; sicché, quando detta legge gli prescrive di attribuire la genitorialità a coloro che ivi abbiano legittimamente ottenuto il figlio con surrogazione di maternità, egli dichiarerebbe il falso, casomai, se attribuisse ad altri tale prerogativa. In definitiva, in quel momento si ha la formazione dell'unico atto di nascita giuridicamente possibile e lecito, e non si rende alcuna menzogna che comporti un'indebita alterazione di stato²⁸. Successivamente, di fronte all'autorità consolare (e magari, ancora più tardi, di fronte all'ufficiale di stato civile italiano), se i richiedenti si limitano a consegnare l'atto di nascita così regolarmente formato affinché venga trasmesso e trascritto in Italia, costoro innanzitutto non "dichiarano" alcunché, neppure partecipano alla formazione (già compiuta) di un "atto di nascita"²⁹, e comunque non attestano il falso, in ragione di quanto appena rilevato³⁰. Che, poi, la trascrizione venga successivamente negata, per contrarietà all'ordine pubblico, è eventualità probabile, controversa, comunque irrilevante ai fini penali: contrarietà all'ordine pubblico non significa, infatti, falsità³¹. In definitiva, in ogni passaggio di queste vicende mancano più requisiti tanto della alterazione di stato, quanto del falso documentale (salvo che i richiedenti aggiungano dichiarazioni mendaci non necessarie, ad es. asserendo di fronte all'autorità consolare di avere avuto il figlio per vie "canoniche"), e simile difetto di tipicità preclude l'operatività degli artt. 7 ss. c.p.³². Sporgendoci dal nostro lato della frontiera, al medesimo risultato si può pervenire sostenendo che le fattispecie evocate vivano di un rinvio necessario ad una disciplina italiana (inerente alle modalità di acquisizione dello *status*, e all'obbligo di verità dei pubblici ufficiali italiani), risultando perciò "territorialmente vincolate", inestensibili a priori all'estero³³.

Da notare che le procedure normalmente seguite dai genitori intenzionali, lungi dal contenere elementi di illiceità, sono, addirittura, *imposte* dalla legge italiana, la quale attribuisce essa stessa prevalenza alla *lex loci*³⁴. Ai sensi degli artt. 15 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revi-

- 28 T. Trinchera, *Profili*, cit., 436; A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., 1560; D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cassazione penale*, 2017, p. 1376 s. Diversamente C. Tranquillo, *Contributo allo studio*, cit., 7 (ma v. anche A. Madeo, *La Cassazione interviene*, cit., p. 1094), il quale reputa "falsa" ogni dichiarazione che si discosti dai fatti oggettivi e storici. Una tesi inaccettabile, innanzitutto per come sopravvaluta il fattore naturale quale fondamento della genitorialità umana, da sempre "intrisa di fattori culturali" e, dunque, convenzionali e giuridici (A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., 1560, nt. 39); poi per come – di conseguenza – condurrebbe assurdamente a considerare false attestazioni di stato civile che formalizzino relazioni genitoriali non fondate sul dato storico e biologico, e tuttavia riconosciute valide dalla legge italiana, come il riconoscimento della paternità da parte del marito della donna che abbia partorito un figlio concepito con altro uomo, o a seguito di fecondazione eterologa con donazione di sperma maschile (art. 9, co. 1, l. n. 40/2004). Da considerare anche il tenore delle dichiarazioni: certo, se il dichiarante asserisse che il figlio è stato partorito dalla sua moglie o compagna, in realtà mera committente di una gestazione altrui, dichiarerebbe obiettivamente il falso; non, invece, qualora egli semplicemente attestasse – come normalmente accade – circostanze reali (una surrogazione di maternità) che secondo la legge applicabile lo rendono genitore.
- 29 Si veda tuttavia l'ampia e informata analisi problematica di V. Tigano, *I limiti*, cit., p. 408 ss.
- 30 Neppure per omissione, quand'anche non precisino le modalità fattuali della procreazione, non esistendo alcun obbligo a farlo. Cfr. R. Bartoli, in *Reati contro la fede pubblica*, a cura di M. Pelissero - R. Bartoli, Torino, 2011, p. 391; A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., pp. 1564 s.
- 31 A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1563.
- 32 *Amplius*, anche per un più disteso confronto con le opinioni opposte, A. Vallini, *La schiava di Abramo*, cit., 909 ss.
- 33 D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, - Sc. giur., nuova serie, 1999, pp. 133 ss.; Id., *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2019, pp. 582 ss.; A. di Martino, *La frontiera*, cit., pp. 254 ss.
- 34 T. Trinchera, *Profili*, cit., 437. Vedi: Trib. Bologna, G.I.P., decr. 13 aprile 2011, ined.; Trib. Caltagirone, G.U.P., 3 novembre

sione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile) «Le dichiarazioni di nascita [...] relative a cittadini italiani nati [...] all'estero [...] devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti [...]. In questi casi copia dell'atto è inviata senza indugio, a cura del dichiarante, all'autorità diplomatica o consolare»³⁵. Il successivo art. 17 prescrive che detta autorità trasmetta quell'atto, ai fini della trascrizione, all'ufficiale dello stato civile italiano competente.

3. ...e l'ardua estensione della legge penale italiana a fatti tipici di surrogazione realizzati all'estero

Se dei reati di falso ed alterazione di stato difetta la tipicità, altrettanto non si può dire riguardo al delitto, invece, di surrogazione di maternità. Anzi, la natura indifferenziata e priva di dettaglio di questo tipo criminoso (v. *infra*, par. 5), amplificata da un'eventuale combinazione con l'ancor più indeterminato art. 110 c.p., rende ad esso virtualmente sussumibile qualsiasi condotta, ovunque e da chiunque commessa, che abbia a che fare in vario modo con fenomeni di gestazione per altri. La ragione per cui detta fattispecie è poco frequentemente contestata – e, dove lo è, con ben scarsi risultati – discende dunque da una valutazione successiva al giudizio di tipicità, inerente alle regole sull'estensione nello spazio della legge penale; giacché, normalmente, l'intera consumazione della condotta di realizzazione è da collocarsi all'estero, specialmente ove si intenda per “realizzazione”, in accordo con la più recente giurisprudenza di legittimità, ogni attività «antecedente ed eziologicamente collegata e funzionale alla maternità surrogata, che si perfeziona con la nascita a gestazione terminata» (sicché, sebbene compiuti in Italia, non renderebbero applicabile l'art. 6 c.p. comportamenti meramente preliminari, come ad esempio spedire email per ottenere informazioni³⁶).

La questione deve essere tematizzata con attenzione alla stregua degli artt. 9 e 10 c.p. (dando per scontato che la surrogazione di maternità non sia “delitto politico”, né oggettivamente né soggettivamente, sicché l'art. 8 c.p. è senz'altro irrilevante).

3.1. Il controverso e paralizzante requisito della doppia incriminazione

Innanzitutto, v'è da considerare che buona parte degli interpreti, in virtù di argomentazioni attinenti

2011, ined.; Trib. Viterbo, G.U.P., 15 ottobre 2013, ined.; Trib. Asti 24 febbraio 2014, ined.; Trib. Milano 15 ottobre 2013, cit.; Trib. Milano 8 aprile 2014, cit.; Trib. Varese 8 ottobre 2014, cit.

³⁵ Nei casi in esame il figlio è normalmente italiano, e «lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio» (art. 33 della l. n. 218/1995); legge nazionale che, come osservato nel testo, rinvia a sua volta alla *lex loci* per la disciplina delle dichiarazioni di nascita e, dunque, del correlato obbligo di verità. A dire il vero, in questo gioco di reciproci rinvii può nascondersi un circolo vizioso. L'art. 15 cit. in effetti *presuppone* che il nato abbia cittadinanza italiana, dunque, rischia di non poter operare quando detta cittadinanza consegua, a sua volta, alla formalizzazione di una discendenza giuridica diversa da quella biologica (secondo il criterio di cui alla l. 5 febbraio 1992, n. 91, art.1, co.1, lett. a), tuttavia praticabile sul presupposto che sia applicabile...l'art. 15 cit.! Tale paradosso non si determina nel caso, ordinario, in cui il padre intenzionale lo sia anche dal punto di vista biologico e, con ciò, *ab origine* padre a tutti gli effetti (Cass. pen., sez. V, 13525/2016, cit.; C. Tranquillo, *Contributo allo studio*, cit., p. 4). In ogni caso, come si è provato a dimostrare, l'irrelevanza penale di quelle condotte dichiarative tenute all'estero prescinde da un richiamo alle citate disposizioni di rinvio.

³⁶ Cass. pen., sez. III, 28 ottobre 2020, n. 5198, in *Ced* 281472.

alla funzione garantistica e ai risvolti personalisti del principio di legalità penale, escludono che si possa estendere la legge penale italiana, ex artt. 9 (delitto comune del cittadino all'estero) e/o 10 c.p. (delitto comune dello straniero all'estero), in difetto di una doppia incriminazione, per quanto tale condizione non sia in quelle disposizioni esplicitata³⁷. Accogliendo simile presupposto – su cui presto dovremo tornare in modo più approfondito – si manifesta sin da subito un impedimento radicale a procedere, almeno in tutti quei casi in cui, nello Stato estero ove realizzata, la pratica sia lecita o penalmente irrilevante³⁸. Forse è per tale ragione che i pubblici ministeri spesso omettono di elevare un'imputazione ex art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, per quanto vi siano sentenze che, proprio riguardo a questo delitto, non sembrano invece pretendere la doppia incriminazione³⁹. L'ostacolo potrebbe essere anche pratico: in difetto di doppia incriminazione è difficile ottenere, dall'estero, quella cooperazione giudiziaria necessaria per provare in giudizio quanto serve ai fini della condanna⁴⁰.

Qualora si reputasse invece non ostativo, in astratto, il limite della doppia incriminazione⁴¹, ovvero in concreto si riscontrasse l'illiceità penale della condotta anche secondo la legge straniera, è necessario ulteriormente distinguere, e sottodistinguere.

3.2. Il fatto commesso all'estero da cittadino italiano e il rilievo della esistenza, e cittadinanza, del soggetto passivo

Ferma restando la necessità, in ogni caso, della presenza del reo sul territorio italiano, la prima partizione da considerare concerne la cittadinanza, italiana o straniera, dei soggetti attivi del reato (ad es. – ammessa la loro punibilità, v. *infra*, par. 6 – gli aspiranti genitori che abbiano commissionato la gestazione per altri, e/o i sanitari eventualmente operanti nella clinica straniera, e/o coloro che si siano prestati per la gestazione, abbiano donato i gameti, o comunque siano ad altro titolo concorrenti).

³⁷ E. Dolcini, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 81 s.; T. Trinchera, *Profili*, cit., 435; A. Madeo, *La Cassazione interviene*, cit., p. 1092; V. Tigano, *I limiti*, cit., pp. 399 ss. Problematicamente: D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità*, cit., 2017, 1367. A prescindere dal caso specifico, la necessità della doppia incriminazione ai fini dell'applicazione degli artt. 9 e 10 c.p., è affermata, tra gli altri, da M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed., 2004, 143 s., 146; T. Padovani, *Diritto penale*, 13ª ed., Milano, 2023, p. 82; G. Marinucci - E. Dolcini - G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 13ª ed., Milano, 2023, p. 180 s.; *amplius*, e problematicamente, A. di Martino, *La frontiera*, cit., 120 ss. Rileva un contrasto di giurisprudenza sul punto Cass. pen., sez. V, 13525/2016, cit. Richiedono la doppia incriminazione soltanto ai fini dell'applicazione dell'art. 10, non dell'art. 9 c.p.: M. Gallo, *Appunti di diritto penale, vol. I, La legge penale*, Torino, 1999, 175; I. Caraccioli, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1962, pp. 1024 ss.

³⁸ In taluni stati difetta una disciplina dedicata alla surrogazione di maternità, la quale, dunque, si afferma nella prassi, negli interstizi di divieti penali e limiti civilistici, magari con il supporto di atti di giurisdizione. Per l'India, si veda quanto emerge ad es. da Trib. Milano 8 aprile 2014, in www.penalecontemporaneo.it, nota di M. Winkler. Quanto alla poco conosciuta, ma interessante, esperienza messicana, v. R. O. García Molina, *Aspectos penales de la maternidad subrogada*, in *Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición*, a cura di A. Petrucci, R. Gómez Alcalá, Città del Messico, 2021, 381 ss.

³⁹ Ad es. Cass. pen., sez. III, 5198/2020, cit.; Cass. Pen., sez. V, 13525/2016, cit.

⁴⁰ G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità*, cit.

⁴¹ A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1556; più in generale, escludono tale requisito con riguardo tanto all'art. 9 quanto all'art. 10 c.p.: A. Pagliaro, *Legge penale nello spazio*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, 1973, 1059 s.; Id., *Principi di diritto penale, parte generale*, 9ª ed., Milano, 2020, 168, 169 s.; F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, 11ª ed., Padova, 2020, pp. 991 s.; D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero*, cit., 145 ss.

Se l'autore è cittadino italiano, ulteriore variabile è data dalla sussistenza di "persone offese".

Si potrebbe supporre che l'incriminazione non ammetta persone offese, in quanto norma di scopo, orientata ad es. a salvaguardare programmi costituzionali di tutela della maternità, che prescindono dalla lesione di un interesse individuale (*infra*, par. 6). Diversamente, si potrebbe leggere l'art. 12, co.6, l. 40/2004 come se considerasse persona offesa solo chi sia stato concretamente vittima di uno sfruttamento o approfittamento (ad es. la donna indotta alla gravidanza, o le persone da cui provengono i gameti), talché nessuna persona offesa sarebbe riscontrabile quando tutti gli attori abbiano aderito volontariamente e liberamente. In tali casi, troverebbe applicazione l'art. 9, co. 2, c.p.: il fatto è perseguibile all'estero *esclusivamente su richiesta del Ministro della Giustizia*.

Può tuttavia darsi che nella vicenda storica siano effettivamente riconoscibili persone offese, ovvero che si intenda quello dell'art. 12, co.6, l.40/2004 come reato che *sempre e presuntivamente* offende certi soggetti (la loro oggettiva "dignità": v. *infra*, par. 5), anche ove consti un loro pieno consenso alla pratica procreativa. Supponendo ciò, se almeno alcuni di loro fossero italiani, di nuovo troverà applicazione l'art. 9, co. 2, c.p., con correlata necessità della *richiesta del Ministro*, oppure *dell'istanza della persona offesa* (o di chi lo rappresenta). Questa seconda condizione di procedibilità, nondimeno, difficilmente sarà messa in pratica, quando tutti abbiano partecipato alla surrogazione con libera volontà e senza avvertire pregiudizio, in conformità alla legge del luogo, quantunque in Italia considerati vittime *iuris et de iure*.

Quando, invece, le persone offese siano tutte straniere, l'autore del reato potrà essere punito ex art. 9, co. 3, c.p., *su richiesta del Ministro della giustizia*, ma soltanto *qualora l'estradizione non sia stata concessa a favore de, ovvero non sia stata accettata da*, lo Stato in cui il delitto è stato consumato. Una condizione negativa di un qualche rilievo solo quando il fatto fosse penalmente illecito anche laddove compiuto, non nel caso opposto (quello decisamente più frequente), giacché nessuna estradizione potrà concepirsi a favore di un ordinamento che reputa quel comportamento penalmente irrilevante.

3.3. L'irrelevanza a priori del fatto commesso all'estero da cittadino straniero

Non è infine punibile secondo la legge italiana lo straniero che tenga la condotta interamente in terra straniera, non soddisfacendo, l'art. 12, co. 6, l. 40/2004, le pretese circa i limiti edittali avanzate dall'art. 10, co. 1 o 2, n. 2, c.p.. Tra l'altro, non potrà riscontrarsi, ancor prima, un danno nei confronti di italiano – art. 10, co.1, c.p. – o di straniero – art. 10, co.2, c.p. - ove si reputi inesistente in concreto, o non configurabile in astratto, un soggetto passivo del reato.

4. De iure condendo: gli effetti attesi in punto di estensione dell'incriminazione nello spazio

Per farla breve: già *a diritto vigente* il Ministro della Giustizia avrebbe potuto *richiedere* di procedere nei confronti di *cittadini italiani* presenti in Italia, che avessero contribuito a realizzare in altro territorio una surrogazione di maternità (la Cassazione si era espressa favorevolmente in tal senso⁴²). Sussi-

⁴² Cass. pen., sez. III, 28 ottobre 2020, n. 5198/2020, cit., dichiarando il non doversi procedere per difetto di tale condizione di

stendo detta condizione di procedibilità, unico ostacolo residuo sarebbe stata quella interpretazione, controvertibile e non praticata nel caso di specie, secondo la quale non si può estendere la legge penale *ex artt. 9 o 10 c.p.* ove difetti una doppia incriminazione; neppure questo impedimento avrebbe operato nei pochi casi in cui il fatto fosse stato penalmente rilevante anche laddove realizzato.

La domanda che sorge spontanea è: se si avverte come tanto urgente, sul piano etico-politico, muovere la macchina della repressione penale contro concittadini che realizzano altrove una surrogazione di maternità, perché non portare a compimento questo disegno innanzitutto esercitando prerogative già disponibili al Ministro della Giustizia, invece così sporadicamente utilizzate⁴³? Può darsi preme un'esigenza di affermazione simbolica del c.d. "reato universale", che la norma di legge meglio garantisce, con la sua perentorietà generale ed astratta; per quanto, a dire il vero – a voler ragionare secondo le logiche perverse di un diritto penale mediatico – una richiesta di procedere avanzata dal Ministro della Giustizia non passerebbe certo inosservata ai *media* e, dunque, trasmetterebbe l'evidenza di un impegno netto per la stigmatizzazione *urbi et orbi* della gravidanza su commissione, di cui l'esecutivo potrebbe attribuirsi più direttamente il merito.

O, forse, il punto è proprio questo: il Governo non intende attribuirsi il merito (i maligni potrebbero opinare: la responsabilità) della *contingente scelta di repressione penale di singoli "rei"*, preferendo patrocinare su di un piano astratto (i maligni potrebbero opinare: ideologico) l'esigenza del reato c.d. universale, rimettendo tuttavia al parlamento (per spirito democratico e attenzione per la legalità penale) l'elaborazione della norma di estensione della giurisdizione, e soprattutto al giudice il compito (i soliti maligni potrebbero insinuare, di nuovo: la responsabilità) di attuare questa estensione nei casi concreti, ai danni di persone in carne ed ossa. Persone che - svincolate dagli stereotipi su cui si incentra la narrazione pubblica a sostegno di questa politica-criminale, e ricondotte alla loro dimensione individuale - difficilmente esibiscono i tratti convenzionali del criminale, e solo in un minor numero di casi quelli della coppia omosessuale che "pretenda innaturali filiazioni", avversati dall'attuale maggioranza al governo. Invece, se da un canto sono più numerosi i casi che coinvolgono coppie eterosessuali, dall'altro emergono, non di rado, storie di intense, umanissime istanze di genitorialità, motivate da difficili o tragiche vicende personali, sicché accanirsi sui protagonisti potrebbe non essere del tutto redditizio, quanto a ritorno di immagine; come, d'altronde, un'astrazione mistificatoria potrebbero rivelarsi, alla prova dei fatti, le icone della prestatrice d'utero spinta a un atto così "disumano" da una situazione di bisogno, o del figlio giocoforza sofferente per innesti familiari tanto "abominevoli", entrambi vittime malgrado loro.

Ad ogni modo, lasciando da parte oziosi processi alle intenzioni, di sicuro vi è che la riforma mira ad eliminare le condizioni vigenti per l'estensione della legge penale italiana a surrogazioni di maternità realizzate da cittadini all'estero - la doppia incriminazione, la richiesta del Ministro, l'istanza della persona offesa, la presenza del reo sul territorio – così da rendere pienamente e immediatamente operativo, in quella direzione, l'obbligo di esercizio dell'azione penale.

Così come è sensato reputare che la scelta di prescrivere chiaramente, con apposita disposizione, la "punibilità" del "turista riproduttivo" serva a ridurre al minimo le *chance* di un suo ricorso alla scusante della "ignoranza inevitabile della legge penale". Ricorso che almeno in un'occasione aveva avuto successo, spingendo la Corte di Cassazione ad ammettere la "inconoscibilità" della norma di diritto penale transnazionale che aveva consentito uno "sconfinamento" di valutazioni di illiceità tipiche del contesto italiano, pur in difetto di una doppia incriminazione⁴⁴.

procedibilità.

43 V. ad es. Cass. pen., sez. V, 13525/2016 cit.

44 Cass. pen., sez. V, 13525/2016, cit.: la soluzione è sostanzialmente condivisa da A. Madeo, *La Cassazione interviene*, cit., p. 1093.

Insomma, lo scopo politico-criminale parrebbe quello di dissuadere, con una più sicura, netta e implacabile minaccia penale, tanto l'espatrio di coppie italiane per realizzare pratiche di surrogazione di maternità laddove consentito, quanto il loro successivo rientro in patria con correlate richieste di riconoscimento degli *status* familiari.

V'è, tuttavia, da domandarsi: davvero la nuova disposizione può soddisfare le ambizioni che in essa vengono riposte?

5. Il dubbio superamento del criterio della doppia incriminazione, tra legalità, funzione rieducativa della pena, logiche di un biodiritto laico e pluralista

Un primo dubbio riguarda il già evocato requisito della doppia incriminazione. Se la proposta addenda all'art. 12, co.6, l.40/2004 può senz'altro "derogare" ai requisiti espressamente richiesti dall'art. 9 c.p., non è scontato che eguale deroga possa riguardare una condizione che *non si trae da quel disposto codicistico*, bensì *discende da un principio generale di legalità, di rilievo costituzionale e convenzionale*, almeno nell'opinione di coloro che la reputano necessaria.

Non si dimentichi, in effetti, che ai sensi degli artt. 25 Cost. e 7 Cedu, sussiste un vero e proprio diritto individuale⁴⁵ ad essere puniti solo in virtù di qualificazioni di criminosità prevedibili e accessibili al momento – e, potremmo aggiungere, nel luogo – in cui si opera⁴⁶; diritto che appare compromesso, quando l'ordinamento fisiologicamente deputato a orientare le condotte nel territorio in cui si è agito inviasse, tutto al contrario, una direttiva nel senso della non rilevanza penale o, addirittura, della piena liceità. In simili ipotesi, si afferma che il principio di legalità, se è rispettato nella sua dimensione "formale", istituzionale, appare tuttavia tradito nelle sue implicazioni personalistiche⁴⁷. Né è del tutto convincente l'obiezione secondo la quale sarebbe "fallacia di generalizzazione" asserire, in questi casi, la "non calcolabilità" del proprio rischio penale da parte del cittadino, dato che potrebbe ben riscontrarsi chi perfettamente conosca, o possa conoscere, gli ambiti e le condizioni di estensione della legge penale italiana al proprio comportamento, e chi invece davvero si lasci scusabilmente "disorientare" da tanta disarmonia valutativa (sicché la soluzione andrebbe casomai ricercata, volta per volta, nella scusante della "ignoranza inevitabile della legge penale")⁴⁸. Invero, è la stessa logica della legalità sollecitata dalla giurisprudenza di Strasburgo a imporre "generalizzazioni", quali quelle sottese alla costruzione del "modello di agente" che fa da parametro all'accertamento dei pretesi requisiti

⁴⁵ F. Viganò, *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016, p. 13.

⁴⁶ In materia, anche per i necessari rinvii all'ormai estesa giurisprudenza europea e di legittimità (tra le ultime ampiamente, al riguardo, Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2023, n. 28227, in Ced 284919): M. Lanzi, *Error iuris e sistema penale*, cit., p. 139 ss.; D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, passim; A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, passim e spec. p. 437 ss.; A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistematica*, Napoli, 2020, passim e spec. p. 97 ss.; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, pp. 95 ss.

⁴⁷ A. di Martino, *La frontiera*, cit., pp. 133 ss.; ma v. già I. Caraccioli, *L'incriminazione*, cit., p. 1025.

⁴⁸ A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., pp. 1556 ss.. Sulla "fallacia di generalizzazione" – in un dialogo critico con A. di Martino – v. specialmente la nt. 29.

di “prevedibilità” e “accessibilità” del precetto penale; ed è indubbio che tale “modello d’agente”, tenendo all’estero un fatto ivi lecito, se non positivamente approvato, versi, per un aspetto almeno, in una condizione di *diminuita capacità di previsione* di una propria possibile responsabilità alla stregua di un diritto che gli risulta, lì, “straniero”; sicché, una sua piena equiparazione, a fini penali, al cittadino che abbia commesso quello stesso fatto sul nostro territorio, nel pieno e fisiologico vigore della legge italiana, potrebbe reputarsi quantomeno in contrasto con l’art. 3 Cost.⁴⁹, letto, appunto, nel combinato disposto con gli artt. 25 Cost., 7 Cedu, e 117 Cost.

Perplessità – ci preme aggiungere – potrebbero emergere anche rispetto al principio rieducativo (art. 27, 3 co., Cost.), d’altronde intimamente correlato alla logica personalistica della legalità; e ancor prima, forse, con il principio di offensività.

Supponiamo (perché questa presunzione è alla base dei principî rieducativo e di offensività) che la scelta di incriminazione sia “testimonianza” di un’aspettativa etico-giuridica presente estesamente e intensamente nella comunità sociale, rappresentata istituzionalmente e democraticamente nella legge; sicché è sensato risocializzare “tramite pena”, ex art. 27, 3 co., Cost., il trasgressore della disposizione incriminatrice, “deviante” rispetto alle istanze di tutela su cui quella aspettativa investe. Ebbene: premesso che è piuttosto *naïf*, e non conforme ai principi, intendere le scelte singolari e contingenti di un qualche legislatore penale nazionale alla stregua di opzioni di valore universali e assolute⁵⁰, quale difetto di socializzazione dimostrerebbe il nostro concittadino che tenga la condotta reputata criminosa entro contesti nazionali, culturali, giuridici, diversi da quello italiano e che, in verità, non condividono per niente quella attribuzione di disvalore? Né si potrebbe reputare che egli, sia pure da lontano, abbia opposto un atteggiamento di avversione alle pretese etiche della società “italiana”, visto che ha avuto cura di operare al di fuori di quella compagine: tutt’al più, questa osservazione potrebbe persuadere ove anche la persona offesa fosse cittadina italiana, così che la loro relazione intersoggettiva abbia riprodotto uno “spazio sociale” minimale riconducibile al contesto italiano, per quanto collocato all’estero. In altri termini, il concetto di “desocializzazione” (bisogno di rieducazione), incentrato come è sulla devianza rispetto ad “attese sociali”, è giocoforza *relativo*, cioè da rapportare non già alla “cultura di provenienza”, bensì ai contesti umani entro i quali un soggetto inter-agisce, e alle scala di valori che quella comunità contingentemente e localmente esprime, anche attraverso scelte di non incriminazione o legalizzazione: è per questo che reputiamo in linea di principio punibili reati “a motivazione culturale” se, comunque, commessi in Italia⁵¹. La presunzione di considerare “meritevole di rieducazione tramite pena” il nostro concittadino che abbia tenuto un comportamento, avversato dalla norma italiana, in altro Paese che non lo stigmatizza affatto, confonde la socializzazione con l’obbligo di rimanere sempre e ovunque fedeli alle scelte di valore espresse dallo stato di appartenenza; postula un diritto penale volto a imporre intimamente, ai cittadini, le proprie contingenti assiologie, anche laddo-

49 Cfr. G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, 2° ed., Torino, 2022, p. 168, a parer del quale «sarebbe, invero, difficilmente tollerabile che il nostro sistema, che pure viene chiamato a perseguire il fatto, non richiedesse la necessaria “assimilazione”, per così dire, della condizione del soggetto operante all’estero alla posizione di colui che, in Italia, versasse in condizioni del tutto analoghe, alla luce delle valutazioni fatte proprie dal relativo ordinamento penale. In definitiva, [...] sembra che la scelta di richiedere la previsione legislativa del fatto anche nell’ordinamento in cui è stato commesso possa, quanto meno, realizzare gli estremi di una corrispondenza, nel segno della legalità, con gli assetti del potere punitivo dello stato precedente, evitando che l’irrelevanza penale del fatto in base alla *lex loci* venga trattata in maniera del tutto opposta rispetto ad una (ipotetica) mancanza della sua previsione normativa alla stregua della *lex fori*».

50 Sul punto D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., 567 s.

51 Ampia letteratura: da ultimo, e per tutti, A. Provera, *La “cultural defense”: dalle origini fino ai “nuovi orizzonti” resi possibili dalla riforma Cartabia*, in *La legislazione penale*, 26 ottobre 2023, pp. 2 ss.; F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, pp. 30 ss. (v. anche nt. 50) e 333, nt. 42.

ve gli “interlocutori” effettivi di quel comportamento non vi colgano alcunché di disdicevole. Detta pretesa sottintende un diritto penale non della regolamentazione sociale, non della prevenzione di offese a istanze terze, bensì della sudditanza a pretese etiche assolute e avulse dalle relazioni umane; non della rieducazione/risocializzazione, bensì della rieducazione/imposizione di valori. Un diritto penale, in definitiva, incompatibile con una lettura laica, personalista, pluralista - perciò relativista - dell’art. 27, 3 co., Cost.⁵²

Se queste sono le logiche di principio che inducono a pretendere la doppia incriminazione, ci pare che esse premano allo stesso modo anche in rapporto all’estensione di giurisdizione immaginata per la surrogazione di maternità. E come tale requisito viene introdotto negli artt. 9 e 10 in virtù di una analogia volta - si è scritto - se non a colmare una lacuna, comunque a prevenire un conflitto coi principi costituzionali⁵³, per la stessa ragione, e con lo stesso metodo, esso potrebbe affiorare negli interstizi della interpretazione da dedicare alla prossima nuova formulazione dell’art. 12, co.6, l. 40/2004; la quale, per questa via, resterebbe applicabile solo alle condotte penalmente illecite anche secondo la *lex loci*.

V’è di più: le ragioni per pretendere, in linea di principio, la “doppia incriminazione” in caso di reato comune commesso all’estero appaiono *ancora più stringenti* in rapporto allo *specifico delitto in discussione*, considerato tanto per la tecnica di incriminazione, quanto per le sue implicazioni assiologiche.

Non bisogna stancarsi di ribadirlo: quella disposizione incriminatrice, al di là di ogni disputa biogiuridica, è innanzitutto in contrasto con il principio di legalità, in quanto affetta da una *gravissima indeterminatezza*⁵⁴. Non definisce, infatti, quali tipologie e combinazioni di “surrogazione di maternità”, tra le tante possibili⁵⁵, debbano reputarsi penalmente rilevanti, e quand’anche intendesse abbracciarle *tutte indifferenziatamente* - come qualcuno desume dall’inciso “in qualsiasi forma”⁵⁶ - essa appare comunque incompatibile con logiche di tipicità, appunto per la sua eccessiva estensione e per la pretesa di ricondurre ad un unico fatto tipico, e al medesimo spazio editale, vicende connotate in termini sensibilmente differenti sul piano fenomenico e valoriale. Ancor più grave, l’art. 12, co.6, l. 40/2004 non puntualizza analiticamente i requisiti costitutivi - le condotte, gli eventi, l’oggetto della condotta, i soggetti attivi - rendendo impossibile stabilire chi, con quali azioni, su quali presupposti e da quale momento cominci ad integrare il reato, e quando invece il delitto si perfezioni⁵⁷. Nei fatti, la surrogazione di maternità (qualunque sia la tipologia cui si faccia riferimento) è un lungo, variabile percorso, che muove dalle fasi preparatorie, di carattere negoziale, a quelle attinenti al concepimento, sessuale o artificiale, per poi passare (se riesce la fecondazione) ai mesi della gravidanza, quindi (se la gravidanza procede senza intoppi) alla nascita, infine approdando (se del caso) a quanto necessario,

52 Analogamente D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., 570, però - parrebbe - solo allo scopo di escludere un nesso tra “prevenzione speciale” e pretesa di applicazione all’estero della propria legge penale *agli stranieri*. V. tuttavia p. 575: «non vi può essere universalismo della legge penale senza l’implicita professione di un valore assoluto da affermare per il tramite della sanzione».

53 A. di Martino, *La frontiera*, cit., 136, riferendosi più precisamente ad una *analogia iuris*, ovvero ad una interpretazione incentrata su di un ragionamento *ex principiis*.

54 A. Vallini, *La schiava di Abramo*, cit., 900 ss.

55 Al riguardo v. anche R. Bin, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *Biolaaw Journal*, 2/2016, pp. 2 ss.

56 M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, pp. 931.

57 Sul punto, muovendo da percorsi argomentativi differenti, si giunge facilmente a soluzioni significativamente distinte (ad es. A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, pp. 143 ss.; A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1547 ss.; V. Tigano, *I limiti*, cit., pp. 374 ss.): tutte virtualmente valide, perché nessuna pienamente falsificabile alla luce del più che laconico tenore letterale.

sul piano burocratico e fattuale, per l'acquisizione sociale e/o giuridica della genitorialità. In ognuno di questi momenti agiscono diversi possibili soggetti, con apporti - materiali, biologici, tecnici, giuridici - significativamente differenti a seconda del tipo di pratica e di combinazione biologica. Orbene: quand'è che, in storie tanto articolate, mutevoli e complesse, può reputarsi *realizzata* la surrogazione, e *da parte di chi, in quale modo?* L'interprete è libero di offrire le risposte più varie, senza trovare conferme né smentite decisive in quel laconico enunciato; e che il perfezionamento si abbia con la "nascita"⁵⁸ è affermazione contestabile e contestata, frutto di pura creatività giurisprudenziale.

Orbene, quand'anche ci si ostini a non porre questione di costituzionalità⁵⁹, deve ammettersi l'impraticabilità di un'interpretazione onnicomprensiva, tanto più in considerazione delle prossime pretese di tendenziale "universalità". Se accettassimo un'applicazione all'estero di un delitto "onnivoro" e senza limiti, emergerebbe in modo particolarmente accentuato un'incompatibilità con la legalità quale dispositivo istituzionale di contenimento dello *ius terribile*: tale funzione di argine e misura, già abbandonata dal tipo criminoso, si smarrirebbe infatti anche quanto a confini territoriali di applicazione (che del tipo, in certo modo, partecipano)⁶⁰. Appare *ictu oculi* intollerabile (pure secondo logiche, internazionalistiche, di "non ingerenza" e rispetto della sovranità tra "pari") che un esercizio così sterminato e indifferenziato di prepotenza punitiva possa addirittura invadere il territorio altrui, laddove esso non trova alcuna corrispondenza o approvazione, scalzando senza criterio la funzione regolativa dell'ordinamento locale, orientata in direzione opposta.

Si impone perciò, quantomeno, un impegno esegetico volto a circoscrivere e dettagliare la figura criminosa *ex post*, secondo percorsi che, in assenza di un vincolo effettivo promanante dal tenore della disposizione, saranno comunque troppo dipendenti dalle intuizioni dell'interprete. Simile operazione, nondimeno, riproporrebbe sotto diverso aspetto un problema di legalità. Come può, infatti, reputarsi rispettosa del diritto individuale alla percettibilità e calcolabilità del rischio penale la proiezione di una figura criminosa, tanto esposta all'alea della lettura giurisprudenziale, addirittura oltre frontiera, là dove operi primariamente e fisiologicamente un altro ordinamento che indirizza un messaggio di segno contrario, ammettendo la praticabilità di condotte di surrogazione di maternità? O che magari – così incrementando il disorientamento – considera la rilevanza penale di alcune ipotesi di surrogazione, ma non di quelle attuate su certi presupposti e secondo certe procedure, senza che sia possibile comprendere *a priori* quali delle prime, quali delle seconde, combacino con i contenuti della disposizione penale italiana, e persino potendo accadere che la combinazione tra divieto italiano e regolamentazione straniera mutino il concetto stesso di "realizzazione" e, dunque, la struttura della fattispecie⁶¹? Da considerare, oltretutto, come la disposizione in fase di approvazione, prescindendo dalla

58 Cass. pen., sez. III, 5198/2020, cit.

59 Come di recente Cass. pen., sez. III, 5198/2020, cit..

60 Le norme di diritto penale transnazionale, «nella misura in cui [...] circoscrivono [...] il perimetro spaziale della tipicità, altro non possono essere che norme di diritto penale sostanziale, con tutto ciò che ne deriva in merito al loro assoggettamento al fascio di principi che promana dall'art. 25, comma 2, Cost.»: D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., p.p. 579 s.. *Contra*, A. di Martino, *La frontiera*, cit., 249 ss., che le reputa regole di giurisdizione.

61 Acutamente A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1550, il quale evidenzia come la "realizzazione" di una surrogazione, se normalmente, per ragioni "semantiche", dovrebbe concludersi con la consegna del nato, tuttavia in Ucraina si consumi invece con la fecondazione, posto che la legge locale già a partire quel momento attribuisce ai committenti i diritti e i doveri dei genitori: «Per strano che possa sembrare, bisogna dunque ritenere che il reato abbia un diverso momento di consumazione, a seconda che il fatto sia commesso in Italia o all'estero, e, in questo secondo caso, a seconda delle caratteristiche della disciplina straniera che volta per volta viene in rilievo. Ciò non deve stupire; solo rammaricare. Si tratta, infatti, di un effetto perverso della vaghezza della fattispecie incriminatrice, la quale, non definendo il concetto di "surrogazione di maternità", rende l'identificazione della condotta sensibile alla definizione normativa dei suoi effetti giuridici, che può cam-

presenza del reo su territorio italiano, appare potenzialmente applicabile a soggetti che, pur avendo la cittadinanza italiana, mai o troppi anni prima abbiano messo piede nel nostro territorio, avendo persino dimenticato, o mai ben conosciuto, il nostro ordinamento, la società che in esso si riflette, la lingua con cui esso si esprime, cioè i veicoli fondamentali di quella “conoscibilità” e “accessibilità” su cui si incentra il principio di legalità⁶².

Inoltre, quanto detto in merito ai nessi tra doppia incriminazione e principio rieducativo vale ancor di più rispetto a fatti eticamente molto controversi, come la surrogazione di maternità. Per quanto taluni interpreti, la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale si affaticano, con toni categorici, ad affermare che il reato di surrogazione (qualunque ne siano i contenuti) tutela la dignità della donna o del figlio, i quali sarebbero sempre e comunque oggetto di una forma di degradazione e sfruttamento⁶³, la loro rimane un’opinione decisamente controvertibile, frutto di intuizioni dall’incerto fondamento e piuttosto denigratoria per gli ordinamenti liberal-democratici alle cui procedure garantistiche le coppie si rivolgono⁶⁴. Ad es., quando si asserisce che questa dignità sarebbe lesa dal “mercanteggiamento” del corpo di donne vulnerabili⁶⁵, bisognerebbe comprendere perché, allora, l’art. 12 co.6, l. 40/2004, prescindendo da tali requisiti e si riferisca, apparentemente, anche a surrogazioni di carattere solidale e a titolo gratuito, prestate da donne emancipate e benestanti; qualora, invece, si stesse implicitamente avallando un’interpretazione restrittiva della disposizione, una simile selezione ermeneutica andrebbe ben esplicitata. Se, poi, si volesse evocare l’idea di uno sfruttamento o di una degradazione *in re ipsa* (in ragione, ad es., di una supposta stretta correlazione tra surrogazione di maternità e neoliberalismo, o per il rafforzamento di “stereotipi” relativi al “ruolo della donna” che la gestazione per altri comporta⁶⁶), è bene rammentare come simili ed altri esercizi filosofici, per quanto interessanti, non possono di per sé sostenere il peso di un’indifferenziata criminalizzazione: il diritto penale può essere impiegato solo per prevenire offese percettibili a beni altrui di indubbio rilievo e concretezza, non certo per intraprendere contese simboliche contro “stereotipi” o avversate ideologie economiche, né per accreditare o smentire rappresentazioni di ruolo e genere, visioni religiose o antropologiche. In realtà, sarebbe il caso di abbandonare una buona volta il lessico della “dignità”, tanto più ove si tratti di individuare l’oggettività giuridica che sola legittima una disposizione incriminatrice: un lessico estremo nella sua portata simbolica e stigmatizzante, evocativo di valori “non bilanciabili”, poverissimo però nella sua capacità denotativa, asservibile alle più diverse precomprensioni ideologiche, volto a darne per dimostrata quella preminenza assiologica che, invece, andrebbe dimostrata. Muovendo, semmai, dal piano di un astratto “idealtipo” di persona, a quello delle singole persone in carne ed ossa, allo scopo di rispettarne quella “identità” unica e originale, nella diversità di orientamenti ed esperienze, cui la nostra Costituzione dedica peculiare attenzione⁶⁷, converrebbe esplorare la *realtà* (indubbia-

biare di paese in paese».

⁶² Ampie e interessanti considerazioni in D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., pp. 572 ss.

⁶³ V. supra, nt. 15. In dottrina analoghi toni ad es. in M. Dova, *Maternità surrogata*, cit., pp. 919 ss.; H. Braho, *Motherhood Surrogacy: Progress or Exploitation?*, in *European Journal of Sustainable Development*, 2015, 240 ss.; D. Rosani, “The Best Interests of the Parents”. *La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017/1, p. 127 ss.

⁶⁴ Ricorda ad es. F. Azzarri, *L’adottato in casi particolari*, cit., 203, nt. 104, come entrambi i casi oggetto di Cass. civ., sez. un., 12193/2019, cit., e Corte cost., 33/2021, cit., originassero da vicende canadesi.

⁶⁵ Corte cost., n. 33/2021, cit.

⁶⁶ Cfr. il problematico quadro ricostruttivo di S. Boicelli, *La gestazione per altri tra emancipazione e sfruttamento. Prospettive giusefeministe*, in questa *Rivista*, 17 giugno 2023, 7 ss.

⁶⁷ Da ultimo R. Bin, *Tecniche procreative, ordine pubblico, interesse del minore. Conclusioni*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, pp. 146 ss. Per una argomentazione più generalmente riferita al settore del biodiritto penale, sia consentito rin-

mente problematica e sfaccettata) della surrogazione di maternità, dando innanzitutto voce alle stesse madri surrogate⁶⁸, ai figli della surrogazione (ce ne sono già moltissimi, nel mondo), ai genitori committenti e ad altri attori; abbandonando, insomma, la protervia paternalista di chi pretende di comprendere la soggettività e ponderare il valore di tutti prendendo a misura la propria visione delle cose, tanto da ergersi a rappresentante non richiesto, a ventriloquo, di chi potrebbe tranquillamente pronunciarsi sulla propria stessa “dignità”. Gli studi di scienze sociali che si sono confrontati, col giusto metodo, con il vissuto di queste persone, non sembrano legittimare generalizzate “presunzioni” di “strumentalizzazione”, con correlata sofferenza psichica, di donne e bambini⁶⁹. Non si nega che sussi-

viare ad A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., 22 ss., e alla dottrina ivi considerata; pp. 146 ss. rispetto alla “maternità dissociata” più in particolare.

- 68 Sul piano giornalistico, v. l'inchiesta sulla situazione indiana di L. Wallis, *Living inside the house of surrogates*, www.bbc.com, 1° ottobre 2013, che, confrontandosi con la soggettività delle “prestatrici d'utero”, restituisce un quadro ben più sfumato di quello disegnato con tratti netti da chi suppone che, in simili contesti, vi sia una strumentalizzazione *in re ipsa*.
- 69 Le manifestazioni del c.d. utero in affitto di carattere solidaristico sarebbero una «favola» secondo la relazione di accompagnamento di AC 887. Critico al riguardo G. Losappio, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in *Sistema penale*, 15 maggio 2023, p. 9. In effetti, è straordinario come il legislatore – ma, fondamentalmente, anche il dibattito giuridico – ignori l'ampia letteratura scientifica che riporta i risultati di più o meno ampi studi sulla salute psichica e l'esperienza relazionale degli “attori” di surrogazioni di maternità, prendendo prevalentemente a riferimento vicende inglesi, statunitensi o canadesi. Non potendo dar conto di questa strabordante letteratura, riportiamo qui solo alcuni testi, selezionati dal motore di ricerca PubMed specialmente in rapporto alla significatività della rivista scientifica, cercando di evitare ogni tipo di *cherry picking*: chiunque può accedere alla stessa qualificata fonte per trarne, crediamo, eguali conclusioni. Il vissuto psicologico delle donne che si prestano per una gestazione per altri, anche in rapporto al nato e alla famiglia che lo accogla, non sembra rilevare speciali criticità secondo S. Yee, S. Hemalal, CL.Librach, “*Not my child to give away*”: A qualitative analysis of gestational surrogates' experiences, in *Women Birth*, 2020 May;33(3):e256-e265; V. Jadva, C. Murray, E. Lycett, F. MacCallum, S. Golombok, *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers*, in *Human Reproduction*, 2003 Oct;18(10):2196-204; V. Söderström-Anttila, U.B. Wennerholm, A. Loft, A. Pinborg, K. Aittomäki, L.B. Romundstad, C. Bergh, *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families—a systematic review*, in *Human Reproduction Update*, 2016 Mar-Apr;22(2):260-76. Per un *follow-up* delle relazioni derivanti da surrogazione, ove si evidenzia come, tra l'altro, nel tempo nessuna delle donne sottoposte ad indagine abbia manifestato rimorsi per la scelta di offrirsi ad una gestazione per altri: V. Jadva, S. Imrie, S. Golombok, *Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child*, in *Human Reproduction*, 2015 Feb;30(2):373-9; nonché S. Imrie, V. Jadva, *The long-term experiences of surrogates: relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements*, in *Reproduction Biomedicine Online*, 2014 Oct;29(4):424-35. Conferma la attendibilità di questi studi: Z. Berend, *The social context for surrogates' motivations and satisfaction*, in *Reproductive Biomedicine Online*, 2014 Oct;29(4):399-401. Non si riscontrano particolari danni psicologici per i figli della surrogata stando a V. Jadva, S. Imrie, *Children of surrogate mothers: psychological well-being, family relationships and experiences of surrogacy*, in *Human Reproduction*, 2014 Jan;29(1):90-6. Egualmente non emergono criticità riguardo al vissuto delle famiglie committenti: F. MacCallum, E. Lycett, C. Murray, V. Jadva, S. Golombok, *Surrogacy: the experience of commissioning couples*, in *Human Reproduction*. 2003 Jun;18(6):1334-42. Apprezzabile, ancora, il seguente contributo, ove si differenzia tra esperienze britanniche e statunitensi, da un lato, ed asiatiche, dall'altro lato, altresì distinguendo tra coppie etero- ed omosessuali: V. Jadva, N. Gamble, H. Prosser, S. Imrie, *Parents' relationship with their surrogate in cross-border and domestic surrogacy arrangements: comparisons by sexual orientation and location*, in *Fertility Sterility*, 2019 Mar;111(3):562-570. Particolarmente interessate sul piano metodologico, per il giurista, la *critical review* di studi qualitativi riferiti ad esperienze riconducibili a diversi Stati, tra cui l'Italia, in funzione della elaborazione di un più adeguato “accordo di surrogazione”: J. Gunnarsson Payne, E. Korolczuk, S. Mezinska, *Surrogacy relationships: a critical interpretative review*, in *Upsala Journal of Medical Science*, 2020 May;125(2):183-191. In italiano v. S. Golombok, *Famiglie*

sta un rischio anche di un “cripto-sfruttamento” singolarmente riscontrabile, che appunto sollecita speciali attenzioni, e magari rende auspicabili regolamentazioni incentrate su c.d. “scriminanti procedurali”⁷⁰. Quel che si contesta è una rappresentazione che demonizza indifferenziatamente la surrogazione di maternità, tanto più ove funzionale a legittimare la più grave e violenta irruzione del potere statale nella vita privata dei cittadini.

Ora, arrogarsi la potestà di *rieducare*, con pena italiana (art. 27, 3 co., Cost.), l’italiana o l’italiano che realizzino simili pratiche procreative laddove esse incontrano un’accettazione giuridica e sociale, cioè a prescindere da un prerequisito di duplice incriminazione, significa intendere la missione special preventiva della legge penale nel senso di una, costituzionalmente insostenibile, imposizione di *interiore fedeltà* ad una, addirittura, opinabilissima *bioetica* dello stato di appartenenza⁷¹, disinteressandosi a come in quest’ambito, più che altrove, le coscienze e le scelte siano legittimamente e fisiologicamente le più diverse.

Ma anche a voler ammettere che la condizione della doppia incriminazione non possa valere quando non espressamente richiesta dalla norma di diritto penale transnazionale, si potrebbe ragionare di una “causa oggettiva di esclusione della colpevolezza” - desunta dall’art. 5 del c.p. per come rimodulato da Corte cost. n. 364/88 - quale dispositivo per rendere operativa, nel diritto interno, quella valutazione volta per volta circa la “comprensibilità” e “prevedibilità” di certe disposizioni penali e della loro elaborazione giurisprudenziale, dal punto di vista di un agente modello, pretesa dall’art. 7 Cedu nel combinato disposto con gli artt. 25 e 27 Cost.⁷². Ed allora, detta esimente sembrerebbe destinata ad esercitare i propri effetti specialmente in un caso come quello che qui interessa, per quanto testé rilevato in punto di indeterminatezza della fattispecie aggravata dall’ampliamento extraterritoriale, di controvertibilità bioetica, di distonia con le pretese della società in cui si agisce.

In ogni caso, e in ultima istanza, queste stesse ragioni lasciano presagire come l’attribuzione di una patina di “universalità” al delitto in esame non sia affatto in grado di impedire *a priori* l’operatività della scusante soggettiva della *ignorantia iuris* - d’altronde fondata, da Corte cost. n. 364/1988, tanto su logiche di legalità, quanto sul “principio rieducativo” di cui all’art. 27, 3 co., Cost. -, specialmente a favore di chi, pur cittadino italiano, abbia labili contatti con la nostra realtà nazionale.

5.1. Conferme a contrario ex artt. 7 e 8 c.p.

Le suddette proposte in punto di doppia incriminazione sembrano trovare ulteriore supporto analizzando, comparativamente, la *ratio* dei casi in cui la doppia incriminazione senz’altro non è, invece, pretesa.

Si tratta, innanzitutto, delle ipotesi di cui agli artt.7 e 8, fondamentalmente incentrate sul principio

moderne: genitori e figli nelle nuove forme di famiglia, Milano, 2016, cap. V (consultato in edizione Kindle).

⁷⁰ Per tutti, in materia: A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018, *passim*. Sulla fallacia, pericolosa anche per i diritti del minore, di impostazioni che generalizzano la rappresentazione della surrogazione di maternità come pratica offensiva della dignità umana, interessante tra gli altri V. Barba, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in questa *Rivista* 2019-2, pp. 32 ss.

⁷¹ Cfr. D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità*, cit., 1372.

⁷² Sia consentito rinviare a A. Vallini, *Culpa iuris*, in *Enciclopedia del diritto, I tematici*, II-2021, *Reato colposo*, dir. da M. Donini, pp. 364 ss. 367 ss.

di “difesa”⁷³. A fronte di aggressioni dirette a beni istituzionali o politici riconducibili allo stato italiano, appare sensato (e, dal punto di vista dell’autore, “prevedibile”) che lo stato stesso si protegga anche con lo strumento della pena, foss’anche quel fatto non criminoso nell’ordinamento straniero da cui l’insidia proviene. D’altronde, è in certa misura fisiologico che un’offesa a specifici assetti istituzionali della Repubblica possa risultare penalmente non significativa per altri ordinamenti.

Ad una logica corrispondente sono riconducibili talune previsioni di parte speciale (cui allude l’art. 7, n. 5, c.p.). Si veda, ad es., l’art. 501, co. 4, c.p., riguardo al delitto di “rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio”: l’estensione (a cittadini e stranieri che agiscano fuori confine) di un tipo criminoso già orientato al «fine di turbare il mercato interno dei valori o delle merci», si compie ove il fatto sia altresì commesso «in danno della valuta nazionale o di titoli pubblici italiani». Da considerare, ancora, l’art. 17 c.p.m.p., che si occupa di ricondurre alla legge penale italiana reati militari – dunque offensivi di un interesse delle nostre forze armate – commessi da coloro che ne sono gli autori definiti dalla legge, «anche per i reati commessi in territorio estero di occupazione, soggiorno o transito delle forze armate dello Stato, osservate le convenzioni e gli usi internazionali».

Analoghe divagazioni spaziali della legge penale italiana si riferiscono a fatti dal disvalore ovunque riconoscibile, il cui potenziale rilievo penale è affermato in norme internazionali dall’estesa operatività, le quali avanzano un obbligo di incriminazione o, almeno, pretese di adeguata e coordinata tutela: come riguardo alla schiavitù, tratta di esseri umani⁷⁴, pedopornografia e prostituzione minorile⁷⁵, traffico d’organi, violenza sessuale⁷⁶, di cui si occupa l’art. 604 c.p.; o riguardo al delitto di cattura di ostaggi o al delitto di tortura⁷⁷. È ragionevole che tale *consensus* internazionale faccia sfumare la ne-

73 Non convince, dunque, l’obiezione secondo la quale, se si riconoscesse la doppia incriminazione quale “condizione implicita” entro gli spazi applicativi degli artt.9 e 10 c.p., essa andrebbe allora egualmente (ma assurdamente) pretesa con riguardo agli artt. 7 ed 8 c.p. (A. Pagliaro, *Principi*, cit., 168). In realtà, le logiche cui corrispondono queste diverse coppie di norme sono appunto assai differenti, e non legittimano alcuna analogia: I. Caraccioli, *L’incriminazione*, cit., 977 ss.; A. di Martino, *La frontiera*, cit., 135.

74 Tra le molte fonti internazionali, si pensi alla Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui (New York 1949), la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale con il suo Protocollo addizionale contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria (New York, 15 novembre 2000); la Decisione-quadro del Consiglio UE del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, poi sostituita dalla Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, ove si prevedono obblighi di incriminazione e si stabilisce, al (16), che «Per garantire un’azione penale efficace contro i gruppi della criminalità internazionale che hanno il centro delle loro attività in uno Stato membro e che sono dediti alla tratta di esseri umani nei paesi terzi, è opportuno stabilire la giurisdizione sul reato di tratta quando l’autore del reato ha la cittadinanza di uno Stato membro e il reato è stato commesso al di fuori del territorio di quello Stato membro. Analogamente, si potrebbe stabilire la giurisdizione quando l’autore del reato risiede abitualmente in uno Stato membro, la vittima ha la cittadinanza o risiede abitualmente in uno Stato membro, o il reato è stato commesso a vantaggio di una persona giuridica che ha sede nel territorio di uno Stato membro e il reato è stato commesso al di fuori del territorio di quello Stato membro».

75 Tra le diverse fonti di rilevanza internazionale si veda la Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio UE, nonché la Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, siglata a Lanzarote il 25 ottobre 2007.

76 Si pensi in specie alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, c.d. Convenzione di Istanbul, del 2011.

77 V., rispettivamente, gli artt. 1 e 5 della l. 26 novembre 1985, n. 718, “Ratifica ed esecuzione della convenzione internaziona-

cessità di una doppia incriminazione a livello di fonti statali, apparendo soddisfatta in altro modo un'esigenza di "prevedibilità" del disvalore penale della condotta ovunque tenuta, e fondata, altresì, un'esigenza di "rieducazione" tramite pena al rispetto di valori condivisi dalla comunità internazionale, più o meno estesa. Un difetto di incriminazione, peraltro, rivelerebbe un vizio dell'ordinamento inadempiente all'obbligo internazionale, che sarebbe insensato potesse propagare oltre confine il proprio effetto paralizzante, inibendo l'esercizio dell'azione penale anche a quegli ordinamenti che, invece, si siano resi capaci di punire il fatto persino se "commesso all'estero", corrispondendo alla richiesta internazionale di negare aree di impunità⁷⁸.

Insomma, la pretesa della doppia incriminazione perde senso, nell'ordinamento italiano, in rapporto a fenomenologie criminose per struttura, riconoscimento internazionale e orientamento teleologico assai distanti dalla "surrogazione di maternità". Rispetto a quest'ultimo delitto, dunque, tale pretesa sembra, per contrasto, guadagnare viepiù significato.

Si potrebbe obiettare che, in realtà, la surrogazione di maternità commessa all'estero da cittadino italiano, in quanto "ordinaria premessa" di una richiesta di trascrizione in Italia dell'atto di nascita, sia anch'essa (indirettamente) orientata verso una "aggressione" a un "ordine pubblico" correlato a logiche di indisponibilità degli *status* familiari, secondo un'impostazione, piaccia o non piaccia, avallata da Corte costituzionale e Corte di cassazione (*supra*, par. 1). Vi sarebbe, insomma, un'analogia con i delitti contro interessi istituzionali o politici dello Stato, che renderebbe ragionevole uno sconfinamento della punibilità a prescindere da requisiti di doppia incriminazione. Sennonché, la proposta approvata alla Camera, visto che persino prescinde dalla presenza del reo in Italia, non presuppone, neppure implicitamente, un "protendimento" verso il nostro ordinamento della condotta illecita e dei suoi effetti (quale quello che, invece, ha premura di richiedere ad es. l'art. 501, co. 4, c.p.), né altra interferenza con indisponibili assetti di diritto italiano della famiglia; neppure considera necessaria una "prosecuzione" col nostro territorio dall'ottica del soggetto passivo e dei suoi diritti individuali, quale quella ad es. richiesta dall'art. 591, co.2, c.p. - quando estende l'incriminazione di un "abbandono di persona minore" a chiunque "abbandoni all'estero" un cittadino *italiano* minorenni, che gli era stato affidato per ragioni di lavoro *sul territorio dello Stato* - o dall'art.642, co.3, c.p. - laddove si dichiara applicabile alla "frode assicurativa" commessa all'estero, purché "in danno di un assicuratore *italiano*, che eserciti la sua attività *sul territorio dello Stato*" - . In altri termini, la disposizione rende egualmente punibile l'italiano espatriato, o nato all'estero, che non abbia alcun interesse a trasferire e vedere accettata in Italia la propria realtà familiare. La scelta incondizionata in punto di requisiti di proce-

le contro la cattura degli ostaggi, aperta alla firma a New York il 18 dicembre 1979", e l'art. 3 della l. 3 novembre 1988, n. 498, "Ratifica ed esecuzione della convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, firmata a New York il 10 dicembre 1984".

⁷⁸ Va dunque relativizzata l'insidiosa obiezione "casistica" di A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., 1558 s., che evidenzia come, a voler pretendere il requisito della doppia incriminazione per il reato comune del cittadino all'estero, si potrebbero realizzare vuoti di tutela irragionevoli, come quando un marito italiano realizzi una violenza sessuale ai danni della moglie italiana in un paese che non punisca lo stupro endoconiugale. Ora, in genere per i "mala in se" - quelli rispetto ai quali un vuoto di tutela risulterebbe *ictu oculi* irragionevole - la doppia incriminazione sussiste, vuoi per un moto spontaneo degli ordinamenti nazionali, vuoi per pressioni internazionali. Il caso portato ad esempio, poi, rientrerebbe nell'art.604 c.p., sicché (come altri di analoga gravità e offensività) sarebbe in realtà punibile in Italia secondo la legge italiana persino a prescindere da una doppia incriminazione. Oltretutto, la circostanza che si tratti di un crimine perpetrato da un italiano ai danni di una connazionale, fa sì che, sia pure all'estero, la condotta produca un'offesa percepita e dichiarata come meritevole di pena in un contesto relazionale/sociale italiano, consentendo l'applicazione di una "nostra" legge penale in funzione risocializzante; sicché vien meno uno degli argomenti, correlati all'art. 27, 3° co., Cost., che nel testo si portano a sostegno dell'esigenza di una doppia incriminazione.

dibilità, insomma, getta una luce di taglio sull'orientamento teleologico sostanziale della disposizione in esame, rivelandone ulteriori asperità, ombre e imperfezioni, e negandole la corrispondenza a qualsiasi logica "difensiva", quand'anche essa avesse ispirato l'*intentio legislatoris*.

D'altronde, contro le temute disfunzioni per l'ordine pubblico familiare italiano è già scudo pienamente operativo il diniego di trascrizione, circostanza che rende ancor più innecessaria, allo stesso fine, una strabordante estensione spaziale della responsabilità penale, in spregio a qualsiasi logica di sussidiarietà e ragionevolezza. Certo, lo si è visto, a diritto vigente resta praticabile una trascrizione parziale a favore del genitore biologico, mentre il genitore solo intenzionale può comunque ricorrere all'adozione in casi particolari, e forse queste opportunità almeno la nuova disposizione vorrebbe scongiurare. Tuttavia, trattandosi di assetti in tutto conformi a principi fondamentali, anche europei, è ben dubbio che il reato preteso "universale" possa trovare un senso accettabile nella loro prevenzione.

6. I limiti del fatto tipico rispetto ai soggetti attivi e alle pratiche vietate

Come i più acuti studiosi del tema hanno ampiamente evidenziato, è in ogni caso fallace ragionare di estensione nello spazio della legge penale, ove prima non si accerti che sussistano le condizioni di realizzabilità all'estero del fatto tipico, o del reato più in genere⁷⁹.

La figura criminosa della surrogazione di maternità non è, tuttavia, subordinata ad una «informazione giuridica secondaria (norma o provvedimento amministrativo) la cui efficacia non può oltrepassare i confini nazionali, strettamente attinenti all'ordinamento interno», essendo quella pratica in Italia oggetto di un divieto radicale, dedicato alla "fattualità" di una sua "realizzazione". Né pare, detta figura, assimilabile ad altre "territorialmente limitate"⁸⁰. Sarebbe ad esempio azzardato reputare che la l.40/2004 nel suo complesso sia indirizzata ai soli "centri" operativi in Italia: alla «Regolamentazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita» è semmai dedicato il solo capo IV della legge, cui l'art. 12 è estraneo; mentre la stessa prossima introduzione di una regola *ad hoc* in tema di estensione della legge penale nello spazio, lungi dal "forzare" requisiti territorialmente vincolati, appunto inesistenti, parrebbe confortare un'interpretazione già per altre strade praticabile, secondo la quale gli elementi costitutivi del tipo sono ovunque realizzabili.

Appare poi quantomeno problematico, sebbene autorevolmente sostenuto⁸¹, supporre che il rispetto della disciplina straniera che, invece, autorizza *in loco* quella pratica, possa escludere il reato in

⁷⁹ A. di Martino, *La frontiera*, cit., 101 e altri luoghi del volume.

⁸⁰ D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., 572 ss.

⁸¹ F. Mantovani, *Esercizio di un diritto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, p. 660 ss.; Id., *Diritto penale, parte generale*, cit., 259 (riguardo all'adempimento di un dovere argomentando *ex art. 10 Cost.* e sul principio del reciproco riconoscimento degli ordinamenti giuridici stranieri, come anche M. Romano, *Commentario*, cit., 543; A. Pagliaro, *Principi*, cit., 2020, 480; G. Delitala, *Adempimento di un dovere*, in *Enciclopedia del diritto*, I, 1958, 568 s.) e 265 (in rapporto all'esercizio del diritto: *amplius* Id., *Esercizio*, cit., 661 ss., ove si ragiona dell'operatività di "limiti impliciti" *ex art.51 c.p.* alle clausole di estensione della legge penale italiana all'estero, dati dalla circostanza che il fatto sia considerato lecito nell'ordinamento straniero, e diversamente operanti a seconda che la *ratio* di tale estensione sia compatibile ovvero incompatibile con un atteggiamento - diverso da quello originario del Codice Rocco - di «coesistenza e di collaborazione, anziché di critica e di antagonismo, nei confronti degli altri ordinamenti»); D. Pulitanò, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Digesto discipline penalistiche*, IV, Torino, 1990, p. 323; D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero*, cit., 149 ss. Si confronta criticamente con gli argomenti a sostegno di quest'uso dell'art.51 c.p.: A. di Martino, *La frontiera*, cit., 143 ss.

quanto “causa di giustificazione” ex art. 51 c.p., pur quando detta disciplina non sia espressamente richiamata e “fatta propria” dal diritto italiano. Quand’anche si reputasse l’art. 51 c.p. applicabile all’estero in virtù di quegli stessi criteri di diritto penale transnazionale che fin là estendono la portata dell’incriminazione, detta disposizione di parte generale resterebbe comunque intesa a dirimere la relazione tra norme confliggenti – quella incriminatrice, altre che rendono lecito o doveroso il fatto – che, per essere tali, devono innanzitutto validamente confrontarsi entro il medesimo ordinamento⁸². Conseguentemente, per giungere alla conclusione ora ipotizzata bisognerebbe attribuire al laconico art. 51 c.p. una funzione estremamente impattante sullo stesso sistema delle fonti, in specie quella di tramutare *ipso facto* in norma autorizzativa contrapposta alla disposizione incriminatrice italiana, cioè in norma anch’essa “italiana”, qualunque prescrizione vigente in qualsiasi altro Paese, che legittimi la condotta tipica ivi realizzata (sicché, oltretutto, questa prescrizione potrebbe non operare nel nostro ordinamento *ex ante*, in via generale e astratta, bensì secondo dinamiche *ex post facto*, condizionate dalla scelta “personale” di chi occasionalmente realizzi, in quel luogo, una condotta cui sia concretamente applicabile la legge penale italiana).

In realtà, buoni argomenti per una limitazione del fatto tipico di surrogazione di maternità esistono a prescindere da dove la “realizzazione” si compia, perciò *anche* all’estero (giacché la clausola di estensione territoriale non può di per sé alterare l’orientamento teleologico e la funzione selettiva degli altri elementi costitutivi della fattispecie, pena, altrimenti, una violazione del canone della legalità⁸³). D’altronde, come già si è osservato, una qualche riduzione esegetica *si impone*, non potendosi accettare una figura criminosa indifferenziata quanto ad oggetto, presupposti, soggetti attivi, eventi che condizionano la consumazione, tanto più quando si pretenda di renderla operativa oltre i confini.

Così, dalla contiguità narrativa, ed equiparazione sul piano sanzionatorio, tra condotte di realizzazione, pubblicizzazione od organizzazione aventi ad oggetto tanto la surrogazione quanto la “commercializzazione” di gameti, taluno trae la conclusione che l’art. 12, co. 6, l. 40/2004 si riferisca nel complesso solo ad ipotesi commerciali⁸⁴. Nel fatto tipico non rientrerebbe, insomma, la surrogazione di maternità attuata gratuitamente (salvo rimborso spese) per finalità di carattere c.d. “solidaristico”, quale quella che è unicamente ammessa in taluni ordinamenti stranieri (ad es. in Canada o nel Regno Unito). Simile interpretazione avrebbe una sua plausibilità anche di carattere teleologico, perché renderebbe l’incriminazione funzionale non già alla tutela di una vaga nozione di “dignità”, bensì, più precisamente, al principio di non mercificazione del corpo umano, che trova puntuale riconoscimento ad es. nell’art. 3, n.2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea⁸⁵: quindi, quan-

82 Lo riconosce lo stesso F. Mantovani, *Esercizio di un diritto*, cit., p. 660; v. poi A. Spena, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, pp. 112 ss., e rispetto al caso specifico Id., *Una storia semplice?*, cit., pp. 1555.

83 D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., pp. 582 ss. Semmai, certi singoli elementi possono modificarsi nel coordinamento con una certa disciplina locale, ove essi si prestino, per come formulati, a tale adattamento, come appunto riguardo al concetto di “realizzazione”: v. *supra*, nt. 61.

84 A.G. Grasso, *Per un’interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, pp. 151 ss.; *amplius* Id., *La maternità surrogata altruistica*, cit., spec. 146 ss. In precedenza, cfr. C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”*. Commentario, Torino, 2004, pp. 185 s.

85 Diffusa, in dottrina, la convinzione che solo la surrogazione di maternità a fine di lucro meriti rilevanza penale: S. Moccia, *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Critica del diritto*, 1998, p. 253; A. Cavaliere, *Né integralismi religiosi, né bio-mercificazione. Le biotecniche nello stato sociale di diritto*, in *Critica del diritto*, 1999, p. 336; A. Manna, *Sperimentazione medica*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, 1132; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*. *Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 52; S. Canestrari, *Biodiritto (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2015, 110. Mette in guardia rispetto

tomeno, una declinazione del concetto di dignità meno opinabile, perché corroborata da un riconoscimento diffuso, cristallizzato in fonti sovranazionali⁸⁶.

Certo, a tale interpretazione si può obiettare che, se il legislatore avesse voluto evidenziare la natura onerosa della surrogazione di maternità rilevante, ben avrebbe potuto farlo esplicitamente, come esattamente ha fatto in rapporto alla sola circolazione illecita di gameti embrioni, definendola “commercializzazione”. L’impostazione, tuttavia, ha riscontrato un qualche successo: essa si legge in filigrana nelle pagine di alcune sentenze di merito⁸⁷, per certi versi ancor più coraggiosamente propense a un’esegesi restrittiva. In esse, congiuntamente intese, sostanzialmente si afferma che il comma 6 in discussione, elevando la surrogazione di maternità ad oggetto non solo di una realizzazione, ma anche di una “organizzazione” o di una “pubblicizzazione”, si riferirebbe a pratiche certo retribuite, ma richiedenti altresì “una organizzazione di carattere in qualche modo imprenditoriale e una gestione di mezzi e di persone”. Insomma, la disposizione prenderebbe di mira il contributo dato, su scala significativa, al “mercato” della gestazione per altri, così da ricavarne “grossi profitti”. Tale conclusione troverebbe conferma nelle arcigne sanzioni interdittive e pecuniarie, chiaramente pensate per colpire un’attività lucrativa di carattere imprenditoriale, nonché in una ulteriore considerazione di carattere teleologico (che evoca il paradigma mantoviano delle azioni connotate di disvalore penalmente rilevante, ma “tollerate” dall’ordinamento finché concluse entro un ambito di privatezza, intangibile dallo stato⁸⁸): la *ratio* dell’incriminazione sarebbe paragonabile a quella della disciplina penale della prostituzione, volta non già a punire l’atto di meretricio in sé, bensì le azioni di coloro che, dall’esterno, facciano mercimonio della altrui prostituzione⁸⁹.

Una immediata, ulteriore e relevantissima conseguenza di quest’ultimo indirizzo, esplicitata in quelle decisioni, attiene alla impossibilità di considerare soggetti attivi del reato, fosse pure *ex art.* 110 c.p., i genitori richiedenti la surrogazione di maternità, in quanto occasionali fruitori, non attori né partecipi, dell’apparato operante sul mercato della surrogazione. Ed invero, per proseguire nel paragone, «a nessun cliente di prostituta è mai stato imputato la commissione del delitto di cui all’art.3 della legge 75 del 1958, per il solo fatto di avere avuto rapporti sessuali con chi si prostituisce»; tanto che quando il legislatore ha inteso punire il cliente ha dovuto farlo con norma espressa, quale l’art. 600-bis, co.2, c.p., in rapporto alla prostituzione minorile.

Stiamo, con questo, giungendo a uno snodo decisivo. Tale è la questione della punibilità dei committenti, considerato che è proprio per colpire i genitori intenzionali dediti al “turismo procreativo” che la riforma all’esame del Senato parrebbe principalmente concepita. Una questione tuttora aperta. La circostanza che, nell’art. 12, co.8, l. 40/2004, si preveda espressamente la non punibilità de «l’uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche» solo con riferimento a pratiche di “illecito concepimento” differenti da quelle che qui interessano, si presta ad esser letta in due modi: o come conseguenza, in effetti, dell’inutilità di sancire la non punibilità di costoro, già derivante dalla struttura del fatto tipico di surrogazione⁹⁰, oppure, tutto al contrario, quale dimostrazione di un intento di pu-

alla “cripto-onerosità” di certe forme di surrogazione “dietro rimborso spese”: M. Dova, *Maternità surrogata*, cit., 928.

86 Sulla migliore “utilizzabilità”, in sede di scelte politico-criminale, di queste declinazioni “consolidate” del concetto di dignità umana, v. F. Palazzo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Milano, 2001, pp. 422 ss.; G. Resta, *La dignità*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà, M. Tallacchini, Milano, 2010, pp. 286 ss.

87 App. Messina, 18 luglio 2016, in *Articolo 29*, www.articolo29.it; Trib. Bologna, 28 aprile 2017, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2017, pp. 1207 ss. con nota red. di M. Miglio.

88 F. Mantovani, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, p. 679.

89 Così in particolare Trib. Bologna, 28 aprile 2017, cit.

90 A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., pp. 1553 s.. I genitori intenzionali, oltretutto, non possono dirsi soggetti ai quali “le tec-

nire se non altro a titolo di concorso i genitori intenzionali che accedano a una surrogazione di maternità⁹¹.

A dire il vero, fin dai primi commenti si evidenziava come, quand'anche le condotte tipizzate dall'art.12, co.6, l.40/2004 non fossero quelle caratteristiche dei genitori⁹², costoro avrebbero potuto rispondere a titolo di concorso eventuale, ex art. 110 c.p.⁹³. Tale opinione è stata tuttavia acutamente contestata da altra dottrina – affiorante tra le righe della decisione che opera un parallelo con i delitti in tema di prostituzione – la quale muove da due premesse: in primo luogo, comunque la si intenda, non potrebbe darsi *fenomenologicamente* una “surrogazione di maternità” senza il *concorso necessario* degli aspiranti genitori; in secondo luogo, descrivendo la *condotta tipica* come “realizzazione”, la norma penale *selezionerebbe soltanto le azioni di chi esegua* la richiesta di surrogazione (principalmente medici, biologi e personale infermieristico), non già quelle di coloro che offrano i gameti, o comunque beneficino del servizio. Questa precisa scelta del legislatore – secondo una impostazione largamente condivisa, e condivisibile⁹⁴ – non potrebbe essere sovvertita reputando quelle medesime condotte degli aspiranti genitori, atipiche nella loro valenza di concorso fattualmente “necessario”, tuttavia tipiche *sub specie* di concorso “eventuale”⁹⁵.

Il dibattito non si esaurisce qui. Di quest'ultima ricostruzione si potrebbe infatti considerare pericolante una delle due premesse, e cioè che non possa immaginarsi surrogazione di maternità senza il “concorso attivo” dei richiedenti. Posta la vaghezza e ampiezza del concetto su cui unicamente, nella sostanza, si incentra il reato, si potrebbero in realtà ad esso ricondurre anche azioni che non contemplino affatto quel concorso, come una surrogazione attuata “scambiando” o “rubando” dolosamente embrioni, contro o a prescindere dalla volontà di coloro che abbiano fatto accesso alla procreazione assistita, per trasferirli nel corpo di una donna terza. Orbene, se così fosse, gli aspiranti genitori non sarebbero più *soggetti attivi necessari* del fatto concreto, potendo costoro assumere, in certe vicende tipiche, le vesti di *soggetti passivi*; sicché qualora, invece, dessero un contributo fattivo e doloso, tornerebbe ad esser plausibile una loro responsabilità in qualità di concorrenti eventuali nella altrui “realizzazione”⁹⁶.

L'ultima lettura proposta, peraltro, potrebbe essere supportata da un'ulteriore interpretazione che incentri la tipicità del delitto in discussione non (sol)tanto sul tipo di interazioni tra i diversi protagonisti (consensuali o non consensuali, lucrative o solidali, imprenditoriali od occasionali), bensì sulla natura tecnica, e sul tipo di “combinazione biologica”, della surrogazione di maternità presa in considerazione.

Due i postulati preliminari a questa elaborazione.

Innanzitutto, la figura criminosa considera esclusivamente vicende di “fecondazione artificiale”⁹⁷: lo fanno intendere la sua organica collocazione entro una legge sulla procreazione assistita, le sanzioni accessorie, indirizzate alle strutture autorizzate a tale medicina riproduttiva, e la riconduzione, nel

niche sono applicate”, se non nei casi in cui impegnino propri gameti nel protocollo.

91 Da ultimo, reputa invece decisivo questo argomento M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 5.

92 Come invece ritengono ad es. T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, pp. 1402 ss.; V. Tigano, *I limiti*, cit., pp. 386 ss.

93 E. Dolcini, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 8; A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., p. 145.

94 R. Dell'Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 170 ss.; M. Zanotti, *Reato plurisoggettivo*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XI, Torino, 1996, pp. 329 ss.

95 A. Spena, *Una storia semplice?* cit., p. 1551 ss. Condivide da ultimo questa impostazione G. Losappio, *Maternità surrogata*, cit., p. 5 s.

96 A. Vallini, *La schiava di Abramo*, cit., p. 906.

97 Nello stesso senso T. Trinchera, *Limiti spaziali*, cit., p. 1398; V. Tigano, *I limiti*, cit., p. 365.

comma 10, della surrogazione al novero delle “pratiche” in queste strutture realizzate; nonché la contiguità, nel corpo della stessa norma incriminatrice, con altre figure ineludibilmente correlate alla fecondazione artificiale (la commercializzazione di gameti).

Secondo postulato è che il disvalore della fattispecie non possa consistere nella natura “tecnica” del concepimento, che pure costituisce requisito di fattispecie: da tempo la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo escludono, vivaddio, che detta artificialità sia di per sé “meritevole di pena”⁹⁸.

Se così è, ne deriva logicamente che quel divieto penalmente sanzionato concerne pratiche di dissociazione della maternità realizzabili *soltanto* mediante procreazione medicalmente assistita, e che tuttavia *per qualche altro motivo* rivelino un loro specifico e accentuato disvalore. Ove, infatti, lo si intendesse esteso a tipologie di surrogazione egualmente realizzabili per vie naturali, risulterebbe irragionevole la scelta legislativa di lasciare queste ultime “fuori” dall’ambito applicativo della figura criminosa, essendo la modalità artificiale, in sé considerata, inidonea a fondare o incrementare la meritevolezza di pena⁹⁹. Basti un esempio: che senso avrebbe criminalizzare una surrogazione con gameti soltanto dell’uomo richiedente, qualora attuata con fecondazione *in vitro*, e non, invece, la stessa esatta surrogazione originata da un “rapporto carnale” tra il richiedente stesso e la prestatrice d’utero? Non si coglie forse, nel secondo caso, una più accentuata degradazione del corpo della donna, e, dal lato dei committenti, un profondo *vulnus* al valore della reciproca fedeltà? Eppure, a tale risultato assurdo si dovrebbe pervenire, ove si reputasse l’art.12, co.6, l.40/2004, che certo si riferisce solo a pratiche medicalmente assistite, applicabile a queste “combinazioni” di carattere genetico e relazionale egualmente realizzabili anche con atto sessuale.

Se così è, l’unica tipologia di surrogazione di maternità che possa compiersi *soltanto* per procreazione medicalmente assistita, *giammai* per vie “naturali”, è quella che potremmo definire “*dissociazione biologica della maternità*” (o surrogazione totale), cioè quando si usi l’ovulo della madre intenzionale per formare un embrione poi trasferito nell’utero di altra donna, la quale si impegna a conse-

⁹⁸ Con differenti sfumature: Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Diritto penale processuale*, 2014, p. 825, con nota di A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l’illegittimità del divieto di fecondazione “eterologa”*; Corte Edu, 1° aprile 2010, S.H. e altri c. Austria, parr. 58 ss. (con ampi richiami alla giurisprudenza precedente); Corte Edu, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia. Cfr. altresì C. Campiglio, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Il governo del corpo*, II, a cura di S. Canestrari e altri, Milano, 2011, 1499. Per essere chiari: mai viene formulato un diritto a ricorrere *ad libitum* alla procreazione artificiale. La Corte costituzionale, in particolare, tramuta l’accesso a tale risorsa in diritto costituzionalmente tutelato essenzialmente quando sia funzionale alla soluzione di problemi di salute, trovando così supporto nell’art. 32 Cost. Muovendosi su questa linea, Corte cost., 18 giugno 2019, n. 221, non ha accolto una questione di legittimità avente ad oggetto il divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali, non essendo tale accesso propriamente rivolto a trattare patologie riproduttive (mentre la recente Corte cost., 24 maggio 2023, n. 161, in nome (anche) del diritto alla salute in ambito riproduttivo della donna, ha dichiarato costituzionalmente adeguato l’art. 6, co. 3, ultimo periodo, della l. 40/2004, che consente alla donna stessa di ottenere l’impianto di un embrione crioconservato, prodotto con i gameti di un uomo che, tuttavia, abbia maturato un dissenso alla paternità). Ad ogni modo, l’assenza di un diritto ad usufruire di certe pratiche non esclude che esse corrispondano a un ambito di libertà (quale quello che la Corte Edu perimetra sulla scorta dell’art.8 CEDU), che contrasta con l’ipotesi di una loro meritevolezza di pena “in sé”.

⁹⁹ Questa disparità di trattamento non viene attenuata dalla possibilità che le corrispondenti pratiche “naturali” possano essere considerate reato ad altro titolo. Continuerebbe comunque a sussistere una ingiustificata diversità di qualificazione penale, e tale ulteriore titolo di reato potrebbe concorrere con quello previsto dall’articolo 12, comma 6, della legge 40/2004, nel caso di surrogazione mediante mezzi artificiali, determinando un inspiegabile e discriminatorio “accanimento sanzionatorio”.

gnare il futuro figlio alla prima. Pratiche ove genitore biologico sia soltanto il (o un) maschio richiedente, ovvero consistenti nella consegna di un figlio biologicamente del tutto altrui, si possono invece benissimo realizzare – e sono state storicamente realizzate – anche muovendo da un rapporto sessuale. D'altronde, sul piano letterale “surrogare” significa prendere il posto di altri in un certo ruolo o funzione¹⁰⁰: una dinamica che si coglie quando una donna che si presta per la gravidanza subentri, appunto, nel processo biologico originato dall'apporto genetico, con intento materno, di altra donna. Ove la richiedente vanti solo una aspettativa di carattere negoziale alla successiva acquisizione di una genitorialità sociale e giuridica, rispetto a un figlio che non le corrisponde biologicamente, non vi è alcuna “surroga”, alcun “subingresso”, della gestante in una maternità attivata originariamente dalla richiedente, bensì, al più, una “gestazione per altri”: una terminologia che, tuttavia, l'art. 12 co.6 l.40/2004 non utilizza.

Limitare alla “dissociazione biologica della maternità” l'ambito operativo della disposizione incriminatrice avrebbe un senso anche in ragione di uno specifico profilo di disvalore che unicamente in essa si coglie, e che rimanda ad esigenze di tutela svincolate da notazioni eticizzanti. Quando e solo quando si confrontino, da una parte, un'aspirante madre che abbia impegnato i propri gameti per la formazione dell'embrione, e, dall'altra parte, altra donna che abbia sostenuto l'esperienza fisicamente ed emotivamente coinvolgente della gravidanza, si ha una *duplicazione di maternità* entrambe corroborate dal dato biologico, sociale/relazionale, ed affettivo: entrambe, dunque, pienamente tutelate negli artt. 30 e 31 Cost., e *nessuna privilegiabile se non a costo di sacrificare il valore costituzionale dell'altra*¹⁰¹. In questa interpretazione riduttiva, insomma, il divieto acquista ragionevolezza perché *strumentale a un programma costituzionale di salvaguardia della maternità*¹⁰², nel senso di essere teso

¹⁰⁰ V. la voce “surrogare”, in www.treccani.it: «Sostituire una persona o una cosa a un'altra con funzioni e usi corrispondenti o analoghi [...]».

¹⁰¹ Altra condotta configurabile solo ricorrendo a forme di fecondazione artificiale è, in realtà, la donazione di ovulo da parte di donatrice non interessata a instaurare rapporti genitoriali con il nato, secondo lo schema tipico di una fecondazione c.d. “eterologa”. Tale pratica era originariamente riconducibile ai divieti di cui all'art. 4, co.3, e 12, co.1, l. 40/2004, dichiarati incostituzionali da Corte cost., 162/2014, cit., la quale – nell'occasione – ne segnalava tanto il valore intrinseco (per la funzionalità alla soluzione di problemi di salute), quanto la diversità sostanziale dalla surrogazione di maternità. Invero, in simile caso non si apprezza alcuna surrogazione nel ruolo di madre, giacché unica maternità costituzionalmente significativa è quella della destinataria degli ovuli, che spera con essi di instaurare una gravidanza e, così, di ottenere un figlio, impegnandosi fin dall'inizio in una maternità che è allo stesso tempo intenzionale, fisico-biologica ed affettiva, riconosciuta come esclusiva sul piano sociale e giuridico (nonché psicologico). La stessa l. 40/2004 traccia una netta differenza tra le due situazioni anche in punto di effetti privatistici, disconoscendo qualsiasi ruolo parentale alla donatrice anonima e disinteressata (art. 9 co.3), attribuito invece, senza indugio, al *partner* consensuale di colei che abbia avanzato la richiesta (art. 9, comma 1). In definitiva, secondo la stessa disciplina della procreazione medicalmente assistita, corroborata dalla lettura della Corte costituzionale, una mera relazione “genetica”, non accompagnata da una intenzionalità e proiezione affettiva verso la filiazione, non è ancora maternità meritevole di salvaguardia. I commi 1 e 3 dell'art. 9, l. 40/2004, appena richiamati, offrono anzi uno spunto per argomenti *a contrario*: essendo tali norme riferite alla donatrice, se ne ricava un'ulteriore indicazione circa il valore fondamentale di un impiego di ovuli non atteggiato a donazione, ed anzi inteso come funzionale a un personale, sentito e sofferto progetto procreativo.

¹⁰² In senso contrario, appare difficile cogliere un contrasto tra il divieto e il diritto alla salute degli aspiranti genitori: la gravidanza di altra donna a loro beneficio non può reputarsi un “trattamento sanitario” volto alla cura di eventuali patologie riproduttive, ex art. 32 Cost., e paradossale parrebbe, d'altronde, immaginare che lo Stato sia obbligato ad offrire questo tipo di servizio nel quadro del sistema sanitario nazionale (A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., p. 46; v. tuttavia A. Pisu, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, pp. 310 ss.). Sembra più corretto sostenere che il ricorso alla surrogazione di maternità si collochi in un'area di

a scongiurare *dilemmi giuridicamente irrisolvibili in modo costituzionalmente soddisfacente*, quali potrebbero soprattutto emergere, in tutta la loro drammaticità, qualora la gestante cambiasse idea e chiedesse di tenere il figlio. Dilemmi che, certo, quando si verificassero, in qualche modo dovrebbero essere risolti, non potendosi tollerare incertezze nell'attribuzione di uno *status familiare*¹⁰³; e che, tuttavia, è sensato che l'ordinamento *preferisca non essere costretto a risolvere*, proprio perché qualunque decisione al riguardo pregiudicherebbe il diritto costituzionale alla maternità ora dell'una, ora dell'altra donna. Tanto è dimostrato, oltre che dalle diatribe dottrinali e incertezze giurisprudenziali riguardo a questa peculiare casistica¹⁰⁴, anche dalla vicenda della "surrogazione reciproca colposa" avvenuta tempo fa presso un noto ospedale italiano. Chiamato a pronunciarsi al riguardo, il Comitato nazionale di bioetica addiveniva a un sostanziale *non liquet*¹⁰⁵; mentre il Tribunale di Roma, cui non era consentito di non decidere, nell'attribuire l'esclusiva titolarità del rapporto parentale a colei che

libertà inerente alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu), entro la quale l'ordinamento è autorizzato a interferire, con limiti e divieti, allo scopo di soddisfare altre esigenze di rilievo (cfr. anche A.G. Grasso, *La maternità surrogata altruistica*, cit., pp. 127 ss.). Da una differente prospettiva, si potrebbe obiettare che la lettura proposta nel testo determini, in definitiva, una disparità di trattamento tra coppie gay e coppie lesbiche egualmente richiedenti la gestazione per altri, dato che solo per le seconde si prospetta l'eventualità di una "dissociazione biologica di maternità", nel senso inteso nel testo. Nondimeno, il divieto penale, così interpretato, non sarebbe rivolto in modo esclusivo e stigmatizzante a inibire la genitorialità delle coppie lesbiche: da un lato, la dissociazione biologica "tipica" ben potrebbe darsi in caso di ricorso alla gestazione per altri da parte di coppie eterosessuali; dall'altro lato, la coppia omosessuale femminile, a differenza di quella omosessuale maschile, può comunque ottenere un figlio mediante fecondazione eterologa, senza ricorrere alla surrogazione di maternità. Sul fronte opposto, nessuno statuto irragionevolmente privilegiato viene a configurarsi a favore della coppia *gay*, che, tanto quanto la coppia lesbica ed eterosessuale, può realizzare altri reati ove si faccia affidare un bambino, dal punto di vista biologico, interamente altrui, senza ricorrere alle ordinarie procedure adottive. In realtà, la disparità di trattamento si coglie, più in generale, tra persone di sesso maschile ovvero femminile (siano costoro *single* o inserite in coppie etero- ovvero omosessuali), rispetto alla possibilità di impiegare loro gameti ai fini di una gestazione per altri. Tale disparità non è, tuttavia, irragionevole, ove si ammetta come valida la necessità costituzionalmente rilevante di evitare "dissociazioni biologiche di genitorialità": per un dato naturalistico finora imprescindibile, solo il processo procreativo materno (articolato in più fasi tecnicamente distinguibili: fecondazione e gravidanza-nascita) può "dissociarsi" nella titolarità di più donne, in modo costituzionalmente critico; mentre il processo procreativo paterno (monofasico, incentrato unicamente sul momento della fecondazione) si risolve giocoforza in un'unica paternità, senza possibili "contese": e ciò anche a tacere di come la Costituzione sembri investire in modo più deciso sul valore della maternità, che non su quello della paternità (v. di recente anche Corte cost. 161/2023, cit.). Non si dimentichi, inoltre, che, nella coppia dei committenti, il *partner* maschile potrebbe concorrere nel reato della *partner* femminile che abbia impiegato i propri ovuli (ammesso che di questi reati possano rispondere i committenti).

103 V. Tigano, *I limiti*, cit., p. 371 s., rammenta come, in realtà, l'ordinamento faccia una chiara scelta – che sarebbe, dunque, possibile – nel senso della attribuzione di maternità alla madre gestazionale, ai sensi degli artt. 269, co. 3, c.c. e 9, co. 2, l. 40/2004 (come già A. Spena, *Reati contro la famiglia*, Milano, 2012, p. 179; v. però la nt. seguente). Tale scelta appare tuttavia imposta dall'inammissibilità di un *non liquet* circa l'attribuzione dello *status familiare*, ove un figlio sia comunque nato: ciò non esclude che l'ordinamento possa voler prevenire, mediante il divieto penale, questa *necessità di scegliere*, comunque pregiudizievole in modo non bilanciabile per uno dei diritti fondamentali in gioco.

104 Nella dottrina civilistica non mancano argomenti a favore della prevalenza della madre genetica. Spende al riguardo la propria autorevolezza P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, pp. 213 ss. La questione, insomma, non è pacifica, e si fa particolarmente drammatica, non a caso, proprio quando la madre committente sia anche biologica. Sul dibattito v. I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in *Il governo del corpo*, II, cit., pp. 1490 ss.; A.G. Grasso, *La maternità surrogata altruistica*, cit., pp. 187 ss.

105 *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 luglio 2014.

aveva partorito riconosceva, tuttavia, un contestuale diritto al risarcimento a favore del padre e della madre genetici, danneggiati, appunto, nelle loro fondamentali prerogative genitoriali¹⁰⁶.

Questa prospettiva, lo riconosciamo, meriterebbe un problematico ripensamento considerando come in dottrina da un po' di tempo si ragiona circa la compatibilità costituzionale di genitorialità contemporabili, non più necessariamente uniche ed escludenti. Nondimeno, anche in queste prospettive evolutive sembrano avallarsi non già salomoniche "con-divisioni" del ruolo di madre, bensì diverse "graduazioni" nei rapporti parentali con il nato, o l'incremento di una genitorialità maschile, sul presupposto, persistente, della unicità della madre "in senso stretto"¹⁰⁷.

Ammettendo questa lettura, restanti situazioni non rimarrebbero prive di altra, e più adeguata (persino più accentuata) rilevanza penale, non condizionata tuttavia dal carattere naturale o artificiale del concepimento. Oltre, ovviamente, alla "alterazione di stato" ex art. 567, co. 2, c.p. in caso di falsa dichiarazione del figlio come proprio, si potrebbe ancor prima configurare la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) quando il nato (comunque generato) venga "trasferito" a chi non vi sia legato da alcuna relazione biologica, al pari di una "cosa" su cui si agisca da "proprietari"¹⁰⁸; mentre in altre tipologie

- ¹⁰⁶ Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Fam. dir.*, 2014, 929, nota M.N. Bugetti, cit.. Con toni più critici S. Cacace, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. Così vicini ad un cortocircuito giuridico*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2016, pp. 915 ss., la quale tiene conto anche delle successive pronunce di Trib. Roma, ord. 22 aprile 2015; Trib. Roma, ord. 2 ottobre 2015; Trib. Roma, 10 maggio 2016. Dalla vicenda è originato anche un ricorso alla Corte Edu, dichiarato inammissibile per il mancato esaurimento di tutti i possibili rimedi interni (Corte Edu, X e Y v. Italia, 10 ottobre 2014).
- ¹⁰⁷ Sul piano psicologico, evidenziano l'importanza di un "attaccamento" esclusivo con la madre: D. Benoit, *Infant-parent attachment: Definition, types, antecedents, measurement and outcome*, in *Paediatrics Child Health*, 2004, pp. 541 ss.; V. Di Dodo, *Attaccamento e teoria dell'attaccamento*, www.stateofmind.it. Difettano tuttavia serie prove empiriche circa i danni che, taluni assumono, deriverebbero al figlio di una coppia lesbica, all'interno della quale sembrerebbe comunque assestarsi una distinzione di ruoli tra madre biologica e sociale, sicché neppure in questo caso forse si verifica, a stretto rigore, una "duplicazione di maternità": v. peraltro S. Golombok, *Famiglie moderne*, cit., cap. 2. Dal punto di vista giuridico, rispetto a prospettive di duplicazione o graduazione di maternità: J. Long, *Di madre non ce n'è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai, E. Olivito, Napoli, 2017, 154 s.; B. Pezzini, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 220 ss.; M.N. Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, in *Famiglia e diritto*, 2014, pp. 940 s. Riguardo all'ordinamento del Regno Unito e a talune proposte di rimodulazione della disciplina della surrogazione, ma con notazioni generalizzabili: M. Poli, *Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la volontà non basta*, in questa *Rivista*, 2020-2, pp. 4 ss., 17 ss.
- ¹⁰⁸ T. Padovani, *Commento all'art. 71 l. 184/1983*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1984, pp. 225; Cass. pen., sez. V, 26 ottobre 2015, n. 43084, in *Ced* 265229; Cass. pen., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 35923, in *Ced* 248416 e Cass. pen., sez. V, 8 marzo 2019, n. 37315, in *Ced* 277341 (queste ultime due riferite, tuttavia, alla compravendita di ragazze poi materialmente assoggettata e sfruttata dagli acquirenti). Negano, invece, che simili condotte possano qualificarsi come "schiavitù", fattispecie che suppone uno sfruttamento della vittima (v. più di recente, ad altro riguardo, Cass. pen., sez. V., 25 gennaio 2022, n. 9404, in *Ced* 282893); Cass. pen., sez. V, 22 dicembre 1983, n. 3855, in *Ced* 162209 (rispetto, in realtà, all'art. 602 c.p.); Cass. pen., sez. fer., 6 ottobre 2004, n. 39044, in *Diritto penale processuale*, 2006, 66, nota di A. Peccioli, *Prime applicazioni delle nuove norme in materia di riduzione in schiavitù: è una vera riforma?*; Cass. pen., 6 giugno – 6 agosto 2008, n. 32986, in *Ced* 241160; Cass. pen., sez. V, 14 luglio 2015, n. 1797, in *Ced* 265884. V. anche Cass. pen., sez. V, 22 luglio 2015, n. 34460, in *Ced* 265673, e Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2015, n. 43084, in *Ced* Rv. 265229, ove alla medesima conclusione si perviene asserendo che la figura dell'art.600 c.p., in quanto implicitamente funzionale ad una protrazione di uno stato di assoggettamento, non potrebbe riguardare "acquisti" intesi a introdurre il minore in un nucleo familiare. Cfr. altresì G. Ciampa, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Napoli, 2008, 334 ss. L'episodico affidamento di bambini a chi non ne sia in alcun

di “affidamento” potranno cogliersi i tratti di una elusione delle norme in materia di adozione, l’unico strumento giuridico praticabile per acquisire la genitorialità di figli *interamente altrui* (articolo 71 l. 4 maggio 1983, n. 184)¹⁰⁹. Episodi, d’altronde, difficilmente qualificabili come “surrogazione di maternità”, anche ove la intendessimo quale sinonimo di “locazione di utero”, trattandosi, semmai, di una “compravendita mista ad appalto”¹¹⁰.

La situazione in cui, infine, sia genitore biologico soltanto il richiedente, o uno dei richiedenti uomini, può egualmente realizzarsi mediante pratiche di procreazione assistita o rapporto sessuale: e come, in quest’ultimo caso, non costituirebbe certo reato che il figlio fosse affidato a chi sia e si dichiari suo padre ad ogni effetto, non v’è alcuna ragione per cui il medesimo esito dovrebbe reputarsi criminoso sol perché la gravidanza sia stata indotta da una fecondazione artificiale. In simile evenienze, sarebbe al più il genitore intenzionale che potrebbe rispondere in sede penale (con eventuale concorso del *partner*) se praticasse “alterazioni di stato” o violasse la normativa sull’adozione, e ciò, ancora una volta, a prescindere dalle modalità del concepimento. Rimarrebbero da considerare, per entrambi (e per chi abbia tecnicamente “realizzato” la surrogazione), eventuali responsabilità per la trasgressione del divieto di ricorrere a fecondazione artificiale, opposto a chi non sia né sterile o infertile, a *single*, e a coppie omosessuali (artt. 4 e 5 l. 40/2004)¹¹¹.

Chiusa questa carrellata di possibili, e necessarie, interpretazioni “contenitive” del “tipo criminoso”, si rileva come esse potrebbero frustrare non di poco l’attesa criminalizzazione di fatti commessi all’estero dagli aspiranti genitori: vuoi perché costoro non sono soggetti tipici del delitto, né possono quindi diventarlo a titolo di concorso eventuale, vuoi per l’eventuale mancanza dell’oggetto della condotta, cioè di una surrogazione di maternità di tipo lucrativo, ovvero comportante una “dissociazione biologica di maternità”¹¹².

modo genitore biologico può fare affiorare una sottostante tratta di minori a fini di adozione legale. Riguardo a questo fenomeno criminoso: Council of Europe, Parliamentary Assembly, *Disappearance of newborn babies for illegal adoption in Europe, Recommendation 1828* (2008).

- 109 Da ultimo Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2018, n. 2173, in *Ced* 274847; Cass. pen., Sez. I, 20 gennaio 1987, n.3569, in *Ced* 174855; F. Mantovani, *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, pp. 669. Diversamente, reputano che gli artt. 71 e 72, L. 184/1983 non possano configurarsi ove non consti un orientamento ad una procedura di adozione: T. Padovani, *Commento all’art. 71*, cit., p. 226; D. Bartoletti, *Analisi della l. 28.3.2001 n. 149 – Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, recante «Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*, in *La legislazione penale*, 2001, pp. 673 ss.; Cass. pen., sez. VI, 16 ottobre 2012, n. 40610, in *Ced* 253497.
- 110 M. Rizzuti, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, pp. 101 ss. V. poi D. Rosani, “The Best Interests”, cit., p. 133; D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 1367 s.
- 111 Sulla valenza di questi divieti di accesso, e sulla loro sanzione (o non sanzione), sia consentito rinviare ad A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., pp. 69 ss.
- 112 Negli altri casi, solo cessioni di un figlio “interamente altrui” con modalità e su premesse tali da costituire una “riduzione in schiavitù” sarebbero senz’altro perseguibili oltre confine nei limiti di cui all’art. 604 c.p.; mentre è da comprendere se sarebbe configurabili in un ambiente normativo straniero trasgressioni delle regole italiane in materia di adozione (riferite, però, anche alla adozione internazionale: v. altresì l’art.72, l.184/1983). Le disposizioni della legge 40/2004 relative all’accesso alla procreazione medicalmente assistita sono, invece, senz’altro applicabili solo a fatti commessi in Italia, anche perché non sanzionate penalmente.

7. Possibili questioni di costituzionalità

Diverse delle argomentazioni critiche sin qui proposte in funzione ermeneutica si prestano, persino più efficacemente, ad essere tradotte in dubbi di costituzionalità, riferibili non solo alla disposizione speciale di diritto penale transnazionale approvata alla Camera, ma, ancor prima, al delitto stesso, e alle regole generali sulla punibilità dei delitti comuni commessi in territorio straniero.

Il profilo di illegittimità più indiscutibile è quello che attiene al contrasto del citato comma 6 con l'art.25 Cost., 7 Cedu e 117 Cost., in quanto disposizione incriminatrice gravemente indeterminata. I più recenti e sensibili orientamenti della Corte costituzionale, che hanno addirittura dilatato il valore della determinatezza oltre i confini della materia penale, argomentando *ex art. 3 Cost.*, renderebbero più che plausibile sollevare una questione al riguardo¹¹³. Oltretutto, detto difetto di determinatezza, come osservato, appare se possibile *più accentuato e insostenibile* nel momento in cui si pretenda di estendere l'indefinito ambito applicativo della disposizione a fatti commessi da cittadini all'estero, ove esista una disciplina legittimante la surrogazione di maternità, e dove la scelta di incriminazione possa apparire vieppiù inconoscibile, o comunque incomprensibile, per una distanza dal locale tessuto culturale e sociale e per la correlata dissonanza valutativa di carattere più strettamente giuridico. Aspetti che, come già si è osservato, creano denunciabili tensioni anche con l'art.27, 3 co., Cost.

La prevista integrazione dell'art.12, co.6, l.40/2004, appare poi di dubbia legittimità costituzionale essenzialmente per la pretesa, discriminatoria e irragionevole, di ridurre e semplificare le condizioni di estensione della legge penale nello spazio (con un esito sostanziale *in malam partem*) rispetto alla disciplina applicabile ad ipotesi di reato comparabili, o persino ad ipotesi di reato la cui applicazione oltre i confini sarebbe, volendo, più logica e sensata¹¹⁴. Nello specifico, trattandosi di un "delitto co-

113 Come già ricordato, Cass. pen., sez. III, 5198/2020, cit. rigettava perché "manifestamente infondata" una questione di costituzionalità promossa dal Pubblico ministero ricorrente, sul presupposto che il giudice di merito avesse dimostrato la possibilità di fornire una "interpretazione adeguatrice" costituzionalmente coerente, ovviando così al difetto di determinatezza e prevedibilità degli spazi applicativi del precetto. Si richiamavano, a sostegno di questa impostazione, sentenze della Corte cost., come la n. 356/96, 350/97, 133-115-190 del 2000, 270/2011, 184/2012, 10/2013. In verità, un'interpretazione volta a ricostruire gli elementi costitutivi del tipo è sempre possibile, anzi resa necessaria dal processo applicativo, ma quand'essa sia del tutto svincolata dal testo della disposizione incriminatrice - che niente di preciso dica riguardo a quegli elementi - il difetto di determinatezza trova semmai conferma, essendo l'art. 25 Cost. esattamente volto ad evitare che sia la creatività *ex post* del giudice a definire gli ambiti del penalmente rilevante. Più di recente, la Corte costituzionale ha preso posizione in modo assai più deciso a favore del valore della certezza del diritto legislativo, oltretutto in un ambito estraneo al diritto penale, quindi con argomentazioni declinabili *a fortiori* in materia penale. Si fa riferimento a Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110, in *giurcost.org*, ove, dopo un resoconto della sua precedente giurisprudenza in tema di determinatezza della legge penale ai sensi dell'art. 25 Cost. (v. § 4.3.2.1. ss.), si afferma senza mezzi termini che «disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta, si pong[ono] in contrasto con il canone di ragionevolezza della legge di cui all'art. 3 Cost. L'esigenza di rispetto di *standard* minimi di intelligibilità del significato delle proposizioni normative, e conseguentemente di ragionevole prevedibilità della loro applicazione, va certo assicurata con particolare rigore nella materia penale, dove è in gioco la libertà personale del consociato, nonché più in generale allorché la legge conferisca all'autorità pubblica il potere di limitare i suoi diritti fondamentali, come nella materia delle misure di prevenzione. [...] Una norma radicalmente oscura, d'altra parte, vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.». V. L. Di Majo, *Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023*, in *Consulta online*, 13 luglio 2023.

114 L'argomento è sviluppato specialmente da M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., pp. 8 s.

mune del cittadino”, oltretutto di fascia bassa secondo i parametri edittali dell’art. 9 c.p., servirebbero ragioni peculiari e particolarmente pronunciate per giustificare una sua più agevole punizione se commesso oltre confine, emergendo altrimenti una disparità di trattamento di dubbia compatibilità con l’art.3 Cost.. Giusto un esempio: per quale motivo dovrebbe essere ben più arduo applicare la legge italiana all’italiano che, in terra straniera, abbia commesso un omicidio magari riconducibile, secondo il diritto internazionale, a un crimine contro l’umanità, piuttosto che una surrogazione di maternità, quando quest’ultima figura criminosa è dalla stessa legge italiana equiparata, per gravità, a una lesione lievissima ex art. 582 c.p.? Eppure, a tale assurdità conduce la scelta di persistere nella “universalizzazione” (temperata) del delitto contenuto nella legge 40/2004, nel mentre si rinunciava a una tipizzazione *ad hoc* e ad una giurisdizione universale per i crimini internazionali.

Né si potrebbe obiettare che detta disparità di trattamento trovi una *ratio*, se non nella gravità, nondimeno nella struttura o nell’orientamento offensivo della fattispecie. L’intento di prevenire la trascrizione, in Italia, di relazioni parentali contrastanti con l’ordine pubblico in ragione della loro genesi, non emerge in alcun modo dal tenore, né condiziona le potenzialità applicative, della disposizione ora all’esame del Senato. Debole soluzione sarebbe quella di inserire simili condizioni nel testo della norma di collegamento, magari in virtù di un coraggioso intervento manipolativo della Corte costituzionale, così da arricchirla di requisiti di “aggressione ad interessi istituzionali dello Stato”, come quelli delineati in altre disposizioni che similmente derogano all’art.9 c.p.: tanto non basterebbe, infatti, ad accreditare una logica di “difesa”, non apparendo sensato – anche secondo canoni di sussidiarietà ed *extrema ratio* dell’intervento penale - che l’ordinamento forzi i confini spaziali in materia criminale per difendersi da offese “dall’esterno” al proprio “ordine pubblico” la cui effettiva consumazione soltanto dipende dalla circostanza che l’ordinamento stesso accetti, o non accetti, la trascrizione (*supra*, par. 5.1). Perché, poi, non prevedere allora lo stesso regime rispetto a delitti ben più aggressivi per l’assetto dello stato civile italiano, come un’alterazione di stato mediante sostituzione di neonato, ex art. 567 c.p., 1 comma?

Per altro verso, come pure si è osservato, la surrogazione di maternità non è un reato “naturale”, tendenzialmente e normalmente previsto come tale in tutti gli ordinamenti, né la sua incriminazione è sollecitata da fonti internazionali vincolanti per un novero ampio di Stati, quindi una *ratio* delle prossime nuove regole di diritto penale transnazionale neppure può assomigliare a quella di disposizioni quali l’art. 604 c.p.. Negli orizzonti di un sistema penale coerente e razionale, dunque, la surrogazione di maternità, in conformità al livello di gravità che lo stesso legislatore intende assegnarle, dovrebbe rientrare né più né meno tra i reati cui rinvia l’art.9 c.p., senza deroghe peggiorative per il sospetto “reo”, fossero pure di mero rilievo procedimentale.

A dirla tutta, e per le ragioni di principio ampiamente sviluppate nelle pagine precedenti, gli stessi artt. 9 e 10 c.p. meriterebbero di essere finalmente arricchiti di un requisito di doppia incriminazione, con una sentenza additiva che potrebbe prendere a parametro anche “lessicale” l’art.13, 2 co., c.p., volta a sanare un contrasto, altrimenti, con gli artt. 7 Cedu, 25 e 117 c.p., 27, 3 co., c.p.. Il diritto vivente non pare infatti sufficientemente coeso per garantire che detta doppia incriminazione venga comunque pretesa al momento applicativo.

A supporto di ogni censura che si volesse rivolgere a simili eccessi nell’estensione della legge penale all’estero, di parte generale o speciale, potrebbe porsi l’affermazione di un «primato del principio di territorialità nel diritto penale transnazionale», tale per cui ogni apertura oltre confine dovrebbe trovar sostegno in esigenze particolarmente pregnanti. Un primato desumibile, se non ancora dal diritto internazionale (*supra*, par. 1, spec. nt. 12), comunque da «un livello superiore, che è quello autenticamente “dogmatico”, ineluttabile precipitato applicativo di talune premesse teoriche [...]. Il riferimento è – per riassumere – al processo di secolarizzazione e democratizzazione del sistema penale, che lo ha reso immune da un’ideologia massimalista da diffondere in ogni dove [...]; al fondamento del diritto punitivo quale strumento di tutela delle condizioni essenziali del vivere civile corrispondenti alle esigenze e alle priorità di una specifica società storica [...]; al carattere intrinsecamente lin-

guistico del diritto penale e in quanto tale vocato al luogo di appartenenza del gruppo che si avvale del corrispondente strumento comunicativo come mezzo di comprensione del mondo [...]. Per non parlare poi dello scopo della pena – linfa vitale di ogni deduzione dogmatica – la cui indole utilitaristica, comunque la s'intenda, stride irrimediabilmente, a meno di non scadere in velleitarismo, con qualunque afflato universalistico [...]»¹¹⁵. Un'affermazione che sappiamo non pacifica¹¹⁶, e che tuttavia si basa su argomenti che anche in queste pagine abbiamo nella sostanza condiviso, ad essi aggiungendone altri, come quello strettamente correlato al principio rieducativo.

8. Osservazioni conclusive

Al termine di questa disamina, si stentano ad apprezzare motivazioni adeguate a legittimare un'eccezione così estrema tanto al criterio della territorialità, quanto alle regole generali sull'applicazione extraterritoriale della legge penale. L'unica *ratio* residua – ma irricevibile – del dispositivo che si vorrebbe aggiungere all'art.12, co.6, l. 40/2004 pare, a conti fatti, quella retributiva, fondata sulla granitica convinzione che il disvalore “etico” del fatto di surrogazione di maternità (qualunque mai ne siano i requisiti strutturali) sia così radicale da non poter essere ridimensionato da scelte permissive dei vari legislatori nazionali, da non poter tollerare limiti di tipicità e di spazio, da non poter ammettere “porti franchi”. L'originaria pretesa di attribuire una universalità incondizionata e “costrittiva” a una visione, in realtà, ideologicamente e culturalmente vincolata della procreazione, oggetto di complicate controversie bioetiche e di distanti regolamentazioni nazionali, non priva di un sentore di omofobia¹¹⁷, discendeva forse proprio dalla consapevolezza delusa di un concreto e accentuato difetto di universalità: è, infatti, tipica aspirazione di “imprenditori di moralità” piegare ai propri scopi l'orientamento perentorio del diritto penale, come surrogato della loro incapacità di accreditare mediante persuasione culturale i precetti assoluti nei quali si identificano¹¹⁸. Preso atto di come ostacoli tecnici, e valutazioni di opportunità, ostassero alla elaborazione di un vero e proprio “reato

115 D. Micheletti, *Reato e territorio*, cit., 576 ss. Definisce il criterio di territorialità come “regola-base”, mentre quelli di «personalità e di difesa si aggiungono a quello di territorialità, dovendo trovare un loro coerente spazio di utilizzazione in relazione alla tipologia dei reati in rapporto ai quali si può porre un peculiare interesse dello Stato all'applicazione della legge nazionale, nonostante che il fatto sia stato commesso fuori del territorio nazionale»: F. Palazzo, *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penali*, VII, Torino, 1993, p. 368 s..

116 Diversamente A. di Martino, *La Frontiera*, cit., pp. 42 ss., 79 ss.

117 Nel rammentare alcune recenti evoluzioni di ordinamenti europei e limitrofi sempre più orientate nel senso di un “diritto alla genitorialità” in condizioni di uguaglianza, rileva F. Azzarri, *L'adottato in casi particolari*, cit., p. 203 s., come «il dibattito italiano risenta fortemente di rigidi prolegomeni ideologici, che fin qui hanno impedito, oltre che una composizione equilibrata, non astratta e non paternalistica di tutti gli interessi in gioco, anche di dare la dovuta attenzione ai diritti riproduttivi delle persone, troppo sbrigativamente derubricati, pure dalla Consulta, a semplici desideri di genitorialità [...]. Su questo fronte, il nostro ordinamento sconta ancora un ritardo culturale notevole, e lo stesso fideismo con cui viene spesso liquidato il tema della gestazione per altri sembra, invero, trovare la sua più autentica motivazione proprio in una più ampia e generalizzata ostilità verso il diritto all'autodeterminazione riproduttiva dei soggetti – coppie omosessuali maschili e femminili, ma anche le donne sole e gli uomini soli – che non rientrano nel modello eteronormativo dominante. Possono variare le radici ideologiche e la portata di tale ostilità, ma in essa si riflette sempre un'implicita adesione a quella dogmatica “giusnaturalistica” della famiglia che storicamente accompagna tutti i tentativi di contrastare l'evoluzione del sistema verso le più avanzate direttrici della Costituzione».

118 C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, pp. 879 ss.

universale”, si è quantomeno deciso di fidelizzare al precetto etico - fattosi penale - gli appartenenti alla comunità su cui quegli imprenditori morali - fattisi politici - intendono guadagnarsi un dominio: vale a dire i cittadini italiani, che saranno presto “inseguiti” ovunque nel mondo da una minaccia di estensione della legge penale più implacabile di quella consueta, fosse mai osassero dissociarsi, *in partibus infidelium*, dalle categorie procreative in cui si riflette il primato universale del legislatore italiano, poco importa che costoro vogliano o non vogliano recarsi nel belpaese per farvi riconoscere “il frutto del peccato”. L’intento, insomma, è radicalmente simbolico – come dimostra l’oggetto giuridico individuato nel bene vago, altisonante e indeclinabile della dignità, purtroppo con il sostegno della Corte costituzionale - e per questo anche piuttosto disinteressato alla realtà dei vissuti personali, e all’effettività degli esiti. Esiti che, come in questo contributo si è provato ad abbozzare, potrebbero uscire acciacciati per le troppe pietre d’inciampo.

Sia chiaro. Non vogliamo, con queste parole, affatto disconoscere come nelle vicende di surrogazione di maternità possano davvero emergere istanze di tutela riferibili a diritti individuali costituzionalmente accreditati. Tuttavia, è il legislatore il primo che sembra dimenticarlo. Se davvero temesse lo sfruttamento o l’appropriamento di gestanti vulnerabili o in condizioni di necessità, dovrebbe innanzitutto restituire determinatezza alla figura criminosa, prevedendo simili elementi tra gli altri requisiti costitutivi, magari condizionando a certi “indicatori di sfruttamento”, già altrove sperimentati, l’operatività della fattispecie¹¹⁹. Se fosse sinceramente preoccupato per i nati dalla surrogazione, l’ultima strategia da impiegare è quella della criminalizzazione indiscriminata di coloro che ne siano i genitori acquisiti, destinata a proiettare sui figli stessi il proprio stigma e le proprie conseguenze pregiudizievoli, di carattere sociale e giuridico¹²⁰. Non mancano proposte, in Parlamento, intese a fornire una disciplina positiva della surrogazione solidale, a garanzia di tutti gli interessi in gioco¹²¹, ed anche la Associazione italiana dei professori di diritto penale si era spesa in un’analisi *de iure condendo* plurale e problematica, accompagnata da un articolato con proposte alternative che, forse, meriterebbero una qualche attenzione¹²².

Una percorso compromissorio e “minimalista”, facilmente praticabile, era comunque quello già tracciato dalla Corte costituzionale, nel dialogo con la Corte Edu: premessa la non trascrivibilità *sic et simpliciter* degli *status* familiari conseguiti all’estero, se non a favore del padre biologico, il *partner* genitore meramente intenzionale può ricorrere a forme di adozione semplificata, tuttavia da riformulare nella loro disciplina per garantirne la celerità e perfetta corrispondenza al migliore interesse del minore. Insomma: lasciare le disposizioni penali così come sono, continuare a non consentire la trascrizione, e tuttavia lavorare sulla regolamentazione delle adozioni¹²³.

Tutto il contrario di quello che si appresta a fare il legislatore, più interessato a esibire il cipiglio

119 Sulla tipizzazione per indicatori e per contesto in rapporto alle figure di sfruttamento lavorativo: A. di Martino, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019, 63 ss., pp. 127 ss.

120 Effetti di “vittimizzazione secondaria”, secondo G. Losappio, *Maternità surrogata*, cit., p. 8, che di per sé dovrebbero spingere verso scelte diverse dalla punibilità, a maggior ragione (*ex art. 3 c.p.*) quando la surrogazione neppure sia andata a buon fine, anche per risparmiare ai richiedenti «una sorta di *ne bis in idem* praeter-sostanziale perché sarebbe ingiusto punire la coppia o il committente che hanno già dovuto sopportare la delusione e persino il dolore del fallimento del loro progetto procreativo».

121 AC 3016/2021, recante una “Disciplina della gravidanza solidale e altruistica”. V. A. Pisu, *Salute procreativa*, cit., 314 ss.. Gli spazi costituzionalmente praticabili di una disciplina positiva della gravidanza per altri sono sondati da P. Veronesi, *Ancora sull’incerto mestiere del nascere*, cit., pp. 497 ss.

122 *La riforma dei delitti contro la persona*, Milano, 2023, spec. 7 ss., 26 ss.

123 In tal senso, con argomenti condivisibili e attenti richiami alla giurisprudenza e dottrina civilistica, costituzionale e Cedu, M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., 10 s.

intransigente di chi dispensa giudizi radicali, ed elargisce castighi, che non ad affrontare seriamente, e con la necessaria duttilità e sensibilità, problemi coinvolgenti istanze delicatissime. Sennonché, dilatare a tal punto i già difettosi margini del delitto italiano di surrogazione di maternità, gonfiandoli con l'aria di sconfinite pretese moralizzatrici, rischia di produrre tensioni ulteriori che potrebbero rendere ancor più evidenti, agli occhi dei giudici, le troppe contraddizioni e aporie, fino a farle esplodere. *Novissime indignata dum vult validius inflare sese rupto iacuit corpore*¹²⁴.

124 Fedro, *La rana che scoppia e il bue*, in Id., *Favole*, a cura di F. Solinas, Milano, 2021, 30.