

## ***La surrogazione di maternità realizzata all'estero e la sua punibilità in Italia***

*Ersilia Calvanese*

**Sommario:** 1. La legge n. 40 del 2004.- 2. Reato commesso nello Stato e sua punibilità.-3. Reato commesso integralmente all'estero e sua punibilità nello Stato.-4. La perseguibilità in Italia della pratica di maternità surrogata.- 5. Status del minore nato da pratiche considerate illecite in Italia.- 6. Proposte di legge sulla perseguibilità delle pratiche di surrogazione della maternità commesse all'estero.-7. Le proposte di legge all'esame del Parlamento.

### **1. La legge n. 40 del 2004**

Con la legge n. 40 del 2004 il Parlamento ha reso punibile, con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, la condotta di “chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità” (art. 12, comma 6).

Tale fattispecie penale si affianca ad altra più grave ipotesi delittuosa, riguardante la realizzazione di procedure volte ad “ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad altro essere umano vivo o morto” (art. 12, comma 7), ed ad una serie di divieti imposti a chi “applica” la tecnica di procreazione medicalmente assistita, sanzionati in via amministrativa dal medesimo articolo 12, aventi ad oggetto l'inosservanza di altre regole stabilite per il legittimo ricorso a detta tecnica (utilizzo di gameti estranei alla coppia, fatta salva quanto disposto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014; applicazione delle tecniche a coppie composte da soggetti dello stesso sesso, o non coniugati o conviventi, o minorenni, o in strutture non autorizzate; mancata raccolta del consenso).

### **2. Reato commesso nello Stato**

In assenza di specifiche disposizioni, i reati previsti dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, al pari di tutti reati “comuni”, sono soggetti alla disciplina generale del codice penale in tema di territorialità, in base alla quale è possibile stabilire quando il fatto-reato sia commesso

nel territorio dello Stato (art. 6 cod. pen.) e quando e come sia punibile nello Stato se commesso all'estero (art. 9 e 10 cod. pen.).

Ai sensi dell'art. 6 secondo comma cod. pen., il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione che lo costituisce è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione.

La giurisprudenza di legittimità ha fornito una nozione ampia del concetto di "parte" della azione o dell'omissione, ritenendo condotta sufficiente a radicare la giurisdizione del giudice italiano quella intesa nel suo significato « naturalistico », e cioè come l'insieme dei comportamenti fattuali che costituiscono l'azione o l'omissione attribuiti al loro autore e quindi qualsiasi condotta che, tenuto conto della realizzazione della fattispecie accertata in territorio estero — sia il delitto consumato o tentato — risulti inserita nella serie completa il cui momento terminale è rappresentato appunto da un fatto penalmente rilevante secondo la legge italiana (tra tante, Cass., sez. VI, 5/02/2014, n. 6151, Rv. 258634; Cass., sez. VI, 4/02/2014, n. 6001, Rv. 258633). In tale prospettiva si è escluso che la parte di condotta commessa in Italia debba integrare una ipotesi di reato tentato. Parimenti la giurisprudenza di legittimità ha assegnato all'espressione "evento" un significato in senso naturalistico quale modificazione del mondo esterno conseguente alla condotta del soggetto agente.

Declinati questi principi in tema di reati concorsuali, la Suprema Corte ha ritenuto sufficiente per considerare il reato commesso nello Stato - purché non si tratti di un generico proposito, privo di concretezza e specificità - anche la sola conclusione in Italia dell'accordo tra i concorrenti di commettere all'estero fatti delittuosi, poi lì integralmente realizzati, sotto il profilo soggettivo e oggettivo.

### ***3. Reato commesso integralmente all'estero e sua punibilità nello Stato***

Laddove invece il reato "comune" sia commesso integralmente all'estero, il codice penale ha previsto specifiche condizioni di procedibilità per la sua punibilità nello Stato, distinte per il cittadino e lo straniero, onde evitare una ingiustificata espansione della giurisdizione italiana su fatti che risultino - per la qualità di chi li ha commessi, o per la loro gravità o per gli interessi coinvolti - privi di concreta rilevanza per lo Stato italiano.

Giurisdizione universale che il codice ha invece riservato soltanto a determinati reati che offendono beni giuridici di specialissima importanza e che per lo più toccano interessi vitali dello Stato, tanto da reclamare la punizione del colpevole, dovunque e da chiunque la lesione di quei beni sia stata commessa (art. 7).

Quanto ai reati commessi integralmente all'estero, la dottrina e la giurisprudenza di legittimità hanno affrontato in tempi più recenti il problema della cosiddetta "doppia incriminabilità", ovvero della necessità che il fatto costituisca reato anche in base all'ordinamento dello Stato del *locus commissi delicti*.

Secondo le intenzioni del legislatore (cfr. Relazione ministeriale), relativamente al gruppo dei reati previsti dagli artt. 9 e 10 cod. pen. occorre, a differenza dei casi degli artt. 7 e 8 cod. pen., che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso.

Sulla base del principio di legalità, tale condizione si rende necessaria in quanto l'agente ha fatto legittimo affidamento sulla liceità penale del fatto nello Stato di commissione.

Non sono mancate opinioni contrarie: in dottrina si è osservato che tale requisito non risulta in alcun modo codificato e che la punibilità dell'agente va esclusa comunque laddove sussistano le condizioni previste dall'art. 5 cod. pen.; secondo altra opinione, pur dovendosi la punibilità limitare a quei fatti considerati illeciti anche dall'ordinamento giuridico locale, sono fatti salvi quei casi in cui il cittadino italiano abbia l'obbligo giuridico, rispetto a determinati fatti o rapporti (stato e capacità delle persone, rapporti di famiglia), di uniformarsi alla legge italiana, dovunque egli si trovi e indipendentemente da ciò che disponga la legge straniera (ad es. la bigamia contratta dal cittadino in uno Stato che consideri lecita la poligamia).

La giurisprudenza in linea generale ha ritenuto che la qualificazione delle fattispecie penali deve avvenire "esclusivamente" alla stregua della legge penale italiana, a nulla rilevando che l'ordinamento dello Stato nel cui territorio il fatto è stato commesso non sancisca una persecuzione penale dello stesso fatto.

Si registrano tuttavia decisioni di segno contrario: così in tema di sottrazione di minori (peraltro prima dell'introduzione del reato di cui all'art. 574-bis cod. pen.) e di reato commesso dallo straniero (Cass., sez. I, 17/9/2002, n. 38401, Rv. 222924).

#### **4. La perseguibilità in Italia della pratica di maternità surrogata**

Anche per la pratica della maternità surrogata (ovvero della gestazione per altri), punita dall'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004, commessa integralmente all'estero, si è posta la questione della perseguibilità in Italia qualora la stessa sia penalmente lecita secondo la *lex loci*.

In vari Paesi, anche europei, la surrogazione della maternità risulta infatti consentita e positivamente regolamentata, e talvolta anche quando sia accompagnata da finalità lucrative, con l'effetto di far divenire detti Stati meta di quelle coppie che desiderano ricorrervi per superare i divieti imposti dalla legge italiana (il cosiddetto "turismo procreativo").

Manca, infatti, un'armonizzazione delle posizioni degli ordinamenti giuridici nei confronti di questa forma di procreazione, dipendendo la scelta dalla sensibilità etica di fondo e al ruolo assegnato, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, alla dignità della donna e allo *status* del minore.<sup>1</sup>

Con recente pronuncia la Suprema Corte ha affermato (Cass. sez. III, 28/10/2020, n. 5198, Rv. 281472) in primo luogo che nessun dubbio residua sulla persistente illiceità nel nostro sistema della pratica della maternità surrogata, posto che la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sui divieti sanciti dall'art. 12 cit., ha colto l'occasione per definire la stessa una "*pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*" ( C.C. n. 272 del 2017).

Con lo stesso arresto la Suprema Corte ha inoltre chiarito quando il reato si considera commesso integralmente all'estero: il divieto di realizzare, in qualsiasi forma, la surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, cit. comprende le condotte antecedenti ed eziologicamente collegate e funzionali alla maternità surrogata, che si perfeziona con la nascita a gestazione terminata (nella specie tutte avvenute in Ucraina). Facendo applicazione di tali principi, si è esclusa la rilevanza dei contatti intrapresi dagli imputati con la clinica estera, in quanto meramente propedeutici all'incontro svolto *in loco* al fine di

---

<sup>1</sup> Pellissero, *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).

valutare con il corredo documentale le possibili soluzioni. Tali contatti rappresentavano, invero, un generico proposito, privo di concretezza e specificità, di commettere all'estero il fatto delittuoso.

La Corte ha inoltre rilevato che in quel caso difettava la richiesta del Ministro *ex art. 9*, secondo comma cod. pen. e conseguentemente la Corte non si è pronunciata sulla questione della liceità della pratica all'estero, pur osservando, per inciso, che la Grande Chambre della Corte EDU, con il parere consultivo del 10 aprile 2019, aveva riconosciuto agli Stati un margine di apprezzamento nell'adottare politiche che scoraggino i propri cittadini nel ricorrere all'estero a pratiche procreative proibite nel proprio territorio, pur evidenziando l'incompatibilità con l'art. 8 CEDU di un divieto assoluto di non riconoscimento dei bambini nati a seguito di tale pratica (e quanto alla scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, la Corte costituzionale ha ritenuto sufficiente il ricorso all'adozione del minore, cfr. da ultimo anche sent. 33 del 2021).

In altra precedente sentenza la Suprema Corte, nel dare atto dei contrapposti orientamenti sul tema della rilevanza della *lex loci*, ha ritenuto di far applicazione dell'art. 5 cod. pen. alla luce della pronuncia della Corte costituzionale n. 364 del 1988, in quanto l'errore investiva la portata applicativa dell'art. 9 cod. pen. ai fatti leciti secondo la *lex loci*, che era tema controverso nelle pronunce di legittimità (Cass. sez. V, 10/03/2016, n. 13525).

##### ***5. Status del minore nato da pratiche considerate in Italia illecite***

Il dibattito su tale tematica ha in particolare investito le conseguenze in tema di *status* del minore nato facendo ricorso a tali pratiche illecite in Italia.

Con un recente arresto le Sezioni Unite civili (sentenza 30/12/2022/ n. 38162, Rv. 666544) hanno affermato che il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla gestazione per altri e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto assoluto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, volto a tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione non solo soggettiva, ma anche oggettiva.

Secondo le Sezioni Unite, per la soluzione della *quaestio iuris* doveva farsi riferimento al limite dell'ordine pubblico internazionale, in quanto la surrogazione all'estero in conformità della legge ivi vigente da parte di cittadini italiani non poteva essere ricondotta all'illecito penale di cui al citato art. 12, comma 6: la norma incriminatrice non intercetterebbe le condotte commesse fuori dal territorio dello Stato, essendo il fatto tipico di surrogazione di maternità contrassegnato da un forte radicamento al territorio nazionale.

#### ***6. Proposte di legge sulla perseguibilità delle pratiche di surrogazione della maternità commesse all'estero***

Al fine di eliminare le incertezze segnalate anche dalla giurisprudenza sulla perseguibilità delle pratiche di surrogazione della maternità commesse all'estero sono state presentate varie proposte di legge, volte a modificare l'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004.

Da ultimo, sono state poste all'attenzione della Camera tre proposte che riprendono sostanzialmente iniziative già presentate nel 2020 (su tali proposte cfr. Pellissero, cit.): si tratta degli atti n. 342 (proposta Candiani ed altri), n. 887 (proposta Varchi ed altri) e n. 1026 (proposta Lupi ed altri), attualmente riuniti, che hanno superato positivamente l'esame della Commissione Giustizia e il cui dibattito in Assemblea è iniziato il 19 giugno scorso.<sup>2</sup>

Quanto in particolare alla surrogazione di maternità, l'intervento normativo, nel ricordare come tale forma di maternità risulti non solo vietata in Italia ma anche condannata a livello internazionale (così la Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo approvata il 17 dicembre 2015 dall'Assemblea plenaria del Parlamento europeo), intende ribadire la volontà di criminalizzare la maternità per altri a fronte della preoccupante diffusione in Paesi esteri di queste pratiche che hanno dato vita ad un vero e proprio business procreativo e delle difficoltà incontrate dai giudici nazionali a sanzionare penalmente tale fenomeno.

Il testo licenziato dalla Commissione Giustizia ha apportato un correttivo al testo della novella che finiva per trasformare il reato di cui all'art. 12, comma 6, l. cit. in una fattispecie sempre punibile ovunque e da chiunque commessa (*“Le pene stabilite dal presente comma si applicano*

---

<sup>2</sup> Losappio, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in *Sistema penale*, 3 maggio 2023).

*anche se il fatto è commesso all'estero*”). In definitiva il nuovo testo approvato rende perseguibili soltanto i cittadini italiani che compiono queste pratiche all'estero (*“Se i fatti di cui al periodo precedente sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana”*).

### **7. Le proposte di legge all'esame del Parlamento**

Secondo la dottrina<sup>3</sup>, la proposta di legge non ha innovato sulla possibilità di punire la pratica del turismo procreativo commesso all'estero.

Come si è infatti anticipato, il codice già consente il perseguimento della surrogazione della maternità commessa dal cittadino integralmente all'estero: l'art. 9, secondo comma, cod. pen. richiede soltanto talune condizioni di procedibilità, quali la presenza dell'autore nello Stato e, stante la cornice edittale, anche, la “richiesta del Ministro della giustizia”.

La novità consiste piuttosto nel prevedere per il cittadino quel regime di punibilità incondizionata del reato commesso all'estero, di cui all'art. 7 cod. pen.

Il codice ha inserito all'art. 7, oltre a quelle fattispecie di reato che vengono ad offendere interessi rilevanti dello Stato o la cui punibilità incondizionata sia prevista da convenzioni internazionali (che tuttavia raramente stabiliscono un obbligo di persecuzione in termini così ampi), “ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge... stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana”, così consentendo al legislatore di applicare un regime di punibilità più ampio (la cosiddetta “giurisdizione universale”) per altre specifiche ipotesi di reato ritenute meritevoli di essere perseguite ovunque e da chi chiunque commesse, in quanto coinvolgenti la difesa dei più vitali interessi dello Stato (*cf. La Relazione ministeriale al codice*).

E avendo di mira queste primarie ragioni di “difesa” dello Stato e della comunità internazionale, la Relazione al codice riteneva di risolvere la questione della eventuale irrilevanza penale del fatto nell'ordinamento locale, rispetto alle altre ipotesi di reato soggette al diverso regime di procedibilità cui agli artt. 9 e 10 cod. pen.

---

<sup>3</sup> Gatta, *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, 2 maggio 2023

Si legge infatti nella Relazione ministeriale al codice (pag. 36): *”La previsione dei casi del primo gruppo [artt. 7 e 8] è dettata dalla necessità, per lo Stato, di assicurare a determinati beni giuridici, ai quali per diversa ragione esso attribuisce una particolare importanza, una tutela penale così efficace, da reclamare la punizione dei colpevoli, dovunque e da chiunque la lesione di quei beni sia stata commessa. Pertanto, l’interesse dello Stato ad assicurare siffatta tutela non può soffrire limiti, e l’estensione della legge penale italiana non può non essere completa: essa deve essere applicata, come se il fatto fosse commesso nel territorio dello Stato, prescindendosi perciò dal richiedere se il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso. Per i casi del secondo gruppo [9 e 10], l’interesse dello Stato alla punizione del colpevole, per il solo fatto che questi si trovi nel suo territorio, in tanto potrà sussistere, in quanto innanzi tutto si tratti di un delitto di una certa gravità, la quale non può essere rivelata da altro indice, che dalla entità della pena, e occorre che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo, in cui fu commesso”*.

Prospettiva che pare mal conciliarsi con il reato in esame, la cui cornice edittale non risulta neppure particolarmente rigorosa e quindi tale da giustificare la previsione della giurisdizione universale rispetto ai più gravi delitti perseguibili ai sensi dell’art. 7 cod. pen. (*Pellisero, cit.; Gatta, cit., a tal riguardo l’Autore confronta efficacemente la recente disposizione introdotta al d.lgs. n. 286 del 1998, art. 12-bis, volta a punire con pene severe la morte o le lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina, verificatesi al di fuori del territorio nazionale, d.l. 10 marzo 2023 n. 20, conv. in l. n. 50 del 2023; in senso critico anche Pulitanò, Sulle attuali politiche del diritto penale, in Sistema penale, 31 maggio 2023*).

La proposta di legge non affronta espressamente questa questione, pur avendo di mira proprio quelle situazioni di turismo procreativo verso Paesi in cui la pratica della surrogazione è penalmente lecita. Pertanto, i proponenti hanno dato per scontato che, con la espressa previsione introdotta dalla novella, la doppia incriminabilità non costituirà più un ostacolo al perseguimento in concreto di forme di surrogazione consentite all’estero.

Naturalmente, a fronte di fatti penalmente leciti secondo la *lex loci*, restano in ogni caso le difficoltà di procedere concretamente per la loro



punizione: pur non essendo la doppia incriminabilità requisito per la esecuzione di rogatorie, di norma la stessa è richiesta per i sequestri e per altre misure investigative maggiormente invasive, come anche per l'extradizione (laddove il cittadino ripari all'estero).