

***Le proposte di legge AC 306 e AC 2599
sulla perseguibilità del reato di surrogazione di maternità
commesso all'estero da cittadino italiano***

Valeria Montaruli¹

1. Premessa. - 2. - Profili costituzionali e sovranazionali. - 3. Gli aspetti penalistici. -4. Profili civilistici connessi alla tutela dell'interesse del minore. -5. Il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari. - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Le due proposte di legge, pur caratterizzate da alcune differenze tecniche, sono animate dal comune intento di arginare la diffusione del cosiddetto turismo procreativo, ovvero del fenomeno per cui molte coppie italiane che non possono avere figli biologici, utilizzano la pratica della cosiddetta maternità surrogata, recandosi in paesi stranieri in cui essa è lecita. Si tratta di una pratica che può avere diverse connotazioni, in quanto include sia la situazione in cui l'aspirante madre demanda a un'altra donna, o anche a due donne diverse, sia la produzione di ovociti che la gestazione, ovvero del caso comunemente detto dell'utero in affitto, in cui l'aspirante madre produce l'ovocita che verrà impiantato nel ventre della cd. 'madre gestatoria'. Tale pratica viene utilizzata sia da coppie eterosessuali, sia da coppie omosessuali maschili, mentre le coppie omosessuali femminili fanno ricorso alla fecondazione eterologa nei Paesi in cui essa è consentita al di fuori del vincolo matrimoniale, resa lecita in Italia per le sole coppie coniugate a seguito della sentenza della Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162.

Rispetto alla pratica della 'surrogazione di maternità' o 'gestazione per altri', gli ordinamenti, a fronte della sua crescente diffusione, hanno

¹ Valeria Montaruli, Presidente del Tribunale per i minorenni di Lecce. Audizione del 14.09.2021. sulle proposte di legge AC 306 (proponenti Meloni e altri) e AC 2599 (proponenti Carfagna e altri) davanti alla Commissione giustizia della Camera.

assunto orientamenti diversi. In particolare, essa è consentita con varia regolamentazione in gran parte dei Paesi di Common law, e in un numero limitato nei Paesi di Civil law, e solo alcuni lo consentono a persone singole e/o a coppie dello stesso sesso, e spesso l'accesso è condizionato dalla previsione o meno di un compenso per la gestante, essendo consentito dietro compenso soltanto in 18 Stati degli USA, nonché in Armenia, Cambogia, Russia, Ucraina e altri Paesi dell'est europeo, mentre è consentita in condizioni di gratuità in alcuni Stati europei, come l'Inghilterra, il Belgio, i Paesi Bassi, la Danimarca e la Grecia .

Nel nostro ordinamento questa pratica è stata espressamente vietata e sanzionata dall'art. 12 l. n. 40/2004. In particolare, l'art. 12 comma 6 punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità, prevedendo la reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 600.000 a un milione di euro. Il comma 8, nel disporre che non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5, con esclusione dunque del comma 6, sembra estendere la sanzione penale anche al soggetto che fa ricorso alla pratica della gestazione per altri, così accentuando il disvalore del ricorso a tale pratica.

Si è riproposta, dunque, l'antica frizione tra applicazione del principio di legalità e del principio di salvaguardia della comunità degli affetti e dei rapporti consolidati, che ha diviso l'opinione pubblica nel noto caso di Serena Cruz, in cui la minore fu sottratta alla coppia affidataria che aveva aggirato la legge sull'adozione.

Tanto si è verificato, in particolare, con riferimento al tema del riconoscimento in Italia di rapporti di filiazione attraverso l'utilizzo di tecniche consentite in altri Paesi, ma vietate nel nostro, come quella della maternità surrogata.

2. Profili costituzionali e sovranazionali.

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, che ha sanzionato il ricorso a pratiche di fecondazione eterologa e di maternità surrogata, nella giurisprudenza interna, sulla scia di quella sovranazionale, vi è stata un'importante riflessione sul rapporto tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, che comprende sia i valori condivisi della

comunità internazionale, che i valori costituzionali interni che abbiano carattere di irrinunciabilità.

La dottrina costituzionalista si è schierata nel senso della difficile compatibilità fra la pratica della gestazione per altri e i principi costituzionali fondamentali. In particolare, è stato detto che la *ratio* del divieto di maternità surrogata è quella di scongiurare la mercificazione del corpo femminile, che viene ridotto a oggetto di lucro, in violazione del principio di cui all'art. 31 Cost., che affida alla Repubblica la protezione della maternità, anche contro l'eventuale rischio di sfruttamento economico, oltre che dei principi stabiliti dalle carte sovranazionali, come gli artt. 1 e 3 della carta di Nizza e l'art. 21 della convenzione di Oviedo. Secondo altra riflessione, che si concentra sulla posizione del nato, si evidenzia la violazione, insita in questa pratica, della dignità del nato come persona, ai sensi dell'art. 2 Cost., che non può essere fatto oggetto di un atto di disposizione, a titolo oneroso o gratuito che sia, neppure ove la surrogazione di maternità sia avvenuta all'estero.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 272/2017², ha affermato in modo netto l'illiceità e la contrarietà ai valori costituzionali della pratica della maternità surrogata, laddove essa stabilisce, seppure incidentalmente, che la medesima è una pratica vietata dalla legge “che offende in modo intollerabile la dignità della donna nel profondo le relazioni umane”.

In ambito sovranazionale, la Grand Chambre della CEDU³, con la nota pronuncia Paradiso – Campanelli, ha statuito, con riferimento alla questione della maternità surrogata, che viene lasciato un più ampio margine di discrezionalità agli ordinamenti statali, in considerazione della natura eticamente sensibile degli interessi in gioco, con il duplice limite della salvaguardia del legame biologico e della relazione affettiva del minore e del genitore di intenzione, anche attraverso istituti diversi dal pieno riconoscimento del rapporto di filiazione.

² Cfr. Corte cost., 22 novembre 2017 n. 272, in www.giurcost.org/decisioni/2017/0276s-17.html. L. V.

³ Cfr. Corte Edu Grande Chambre, Paradiso – Campanelli c. Italia, 24 gennaio 2017, che ha riformato la pronuncia di condanna emessa nei confronti dell'Italia da parte della Corte EDU, con sentenza 27 gennaio 2015 - ricorso n. 25358/12

Da ultimo, nel caso francese *Mennesson*, la Corte di cassazione francese ha investito la Corte EDU in sede consultiva (ai sensi del Protocollo addizionale n. 16, ratificato dalla Francia, ma non dall'Italia), che ha ribadito la necessità che gli ordinamenti interni garantiscano, anche attraverso il ricorso all'adozione speciale, il legame affettivo e familiare tra il minore nato da maternità surrogata e il genitore di intenzione.

3. Gli aspetti penalistici.

Dal punto di vista delle ricadute dell'affermazione relativa all'illiceità della pratica della maternità surrogata, sul versante penalistico, la pratica giurisprudenziale ha depotenziato la portata incriminatrice della fattispecie di cui all'art. 12 l.n. 40/2004. È stata più volte esclusa la rilevanza penale della condotta dei genitori intenzionali che fanno ricorso a pratiche di maternità surrogata all'estero in Paesi in cui ciò è legale, posto che, ai sensi dell'art. 15 d.P.R. n. 396 del 2000, le dichiarazioni di nascita relative ai cittadini italiani nati all'estero sono rese all'autorità consolare e devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa. In questi casi, copia dell'atto è inviata senza indugio, a cura del dichiarante, all'autorità diplomatica o consolare.

Al di là della controversa applicazione del principio della doppia incriminazione, per cui se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero (art. 9 c.p.), è necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello Stato in cui fu commesso, la giurisprudenza⁴ ha addotto ulteriori argomentazioni. È stata perciò esclusa la sussistenza di una condotta di alterazione dello stato civile del minore in caso di richiesta di trascrizione dell'atto di nascita redatto alla stregua della legge locale e in corrispondenza della situazione assunta come rilevante da quest'ultima, con indicazione quale madre naturale di persona diversa dalla madre surrogata. Conseguentemente, l'ufficiale di stato civile italiano che si limiti a procedere alla trascrizione dell'atto, riguardante un cittadino

⁴ Sono numerose le pronunce della Cassazione che hanno escluso l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 567 c.p. nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 396/2000, in ordine a cittadini italiani nati all'estero e rese all'autorità consolare sulla base di certificato redatto dalle autorità ucraine che li indichi come genitori, in conformità alle norme stabilite dalla *lex loci* (Cass. pen., Sez. VI, 17 novembre 2016, n. 48696, rv. 272242; Cass. pen., Sez. V, 5 aprile 2016, n. 13525, in *Rivista di Diritto Internazionale* 2016, 3, 701 e, da ultimo, Cass. pen. sez. VI – 13 ottobre 2020, n. 31409, in *Diritto & Giustizia* 2020, 11 novembre

italiano, formato all'estero non forma alcun atto falso, e dunque sono stati pure ritenuti insussistenti i reati di cui agli artt. 567 cpv, 48 – 476 e 495 c.p.

Neppure gli autori della suindicata condotta sono stati ritenuti punibili in relazione al reato di cui alla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, a causa dell'errore di diritto inevitabile ai sensi dell'art. 5 c.p. da parte della coppia che si reca in un Paese dove la pratica è lecita.

Le proposte di legge in esame mirano a ovviare a quest'orientamento giurisprudenziale, compiendo un'operazione tecnicamente corretta, che corrisponde alla scelta politica evidenziata in premessa. Esse, infatti, si agganciano a quanto previsto dall'art. 7 c.p., che stabilisce i reati per cui è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che li commette in territorio estero, prevedendo detta punibilità per 'ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana'.

Vi sono delle differenze tecniche quanto all'ampiezza delle due proposte, sotto il profilo soggettivo, atteso che, mentre secondo la proposta Meloni le pene stabilite dal sesto comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero, la proposta Carfagna ne limita la portata ai soli cittadini italiani e , quanto alla condotta incriminata, la proposta Meloni si applica sia alla surrogazione di maternità che alla commercializzazione di gameti, la proposta Carfagna estende la punibilità alla sola surrogazione di maternità commessa all'estero. L'intento politico è comunque analogo, ovvero di rendere punibili le condotte di surrogazione di maternità commesse all'estero, in Paesi in cui tale pratica è legale.

4. Profili civilistici connessi alla tutela dell'interesse del minore.

In ambito civile, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, che ha sanzionato il ricorso a pratiche di fecondazione eterologa e di maternità surrogata, nella giurisprudenza civile interna, sulla scia di quella sovranazionale, vi è stata un'importante riflessione sul rapporto tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, che comprende sia i valori condivisi della comunità internazionale, che i valori costituzionali interni che abbiano carattere di irrinunciabilità.

La sentenza della Cassazione civile, sez. un., 8 maggio 2019, n.12193⁵ ha posto un punto fermo sulla discussa questione dei ‘due padri’, disattendendo il convincimento del giudice di merito, favorevole al riconoscimento di provvedimenti legittimamente assunti in uno Stato estero. Nel merito, le Sezioni Unite, pur facendo salvo il riconoscimento della fattispecie delle ‘due madri’, cui erano pervenute tali sentenze, riguardanti il riconoscimento nel primo caso, e la rettificazione, nel secondo caso, di atto di nascita del figlio di ‘due madri’ formato all'estero, ha posto dei paletti rispetto a un’accezione ritenuta eccessivamente riduttiva del limite dell’ordine pubblico internazionale, in materia di riconoscimento di provvedimenti esteri non conformi ai principi del nostro ordinamento. Ha affermato il principio di diritto secondo cui la compatibilità con l’ordine pubblico, ai sensi dell’art. 64, comma 1, lett. g), della l. 31 maggio 1995, n. 218, deve essere valutata non solo alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e nell’interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e di ricomposizione dà forma a quel diritto vivente, dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell’ordinamento in un determinato momento storico.

Il nodo fondamentale è costituito dal rapporto tra l’ordine pubblico internazionale declinato attraverso il divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata e la considerazione del superiore interesse del minore alla conservazione del proprio stato e di un consolidato tessuto relazionale e affettivo. L’obbligo di assicurare una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis*, potrà dunque essere soddisfatto nell’ordinamento interno, facendo ricorso all’istituto dell’adozione in casi particolari, per effetto delle disposizioni dell’art. 44 lett. d) della legge 4 maggio 1983, n. 184. L’art. 44, nelle lettere a e c, tipizza delle ipotesi in cui è consentita tale forma di adozione, in assenza dei presupposti di cui agli artt. 6 e seguenti della legge n. 184/1983, introducendo una clausola ampia alla lettera d), che si verifica quando ‘vi

⁵ La sentenza è pubblicata in *Foro it.* 2019, I, 2003, con nota di G. CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente.*

sia la constatata impossibilità' di affidamento preadottivo'. Tale ipotesi è stata pensata dal legislatore per consentire l'adozione nei casi in cui non ricorrano gli stringenti requisiti per procedere all'adozione legittimante, ad esempio la mancanza dei requisiti di cui all'art. 6 della legge n. 184/1983 per gli adottanti, ovvero nei casi di minori grandicelli o comunque difficili (cosiddetta 'impossibilità di fatto'). La giurisprudenza ha interpretato estensivamente tale clausola, applicandola tra l'altro, oltre che ai casi di impossibilità giuridica di fare ricorso all'affidamento preadottivo (le ipotesi in cui non sussista lo stato di abbandono, ovvero di semi – abbandono permanente che riguarda i cosiddetti 'bambini nel limbo'), anche all'ipotesi della cosiddetta *stepchild adoption*, ovvero l'adozione da parte del partner di una coppia omosessuale del figlio biologico dell'altro partner⁶.

5. Il ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari.

L'utilizzazione dello strumento dell'adozione in casi particolari, per quanto sia stata univocamente indicata come la strada percorribile per dare tutela al legame familiare e affettivo tra il minore e il genitore di intenzione, comunque si rivela una soluzione insoddisfacente, in quanto rappresenta una forma di 'adozione depotenziata', pensata dal legislatore del 1983 per ipotesi assai diverse dagli scenari della *stepchild adoption* e dei nati da maternità surrogata, all'epoca inimmaginabili.

Tanto non solo è stato osservato da numerosi Autori, ma soprattutto, è stato da ultimo consacrato da due pronunce della Corte costituzionale, che statuiscono entrambe l'inammissibilità.

Nella prima⁷, relativa a un caso in cui non poteva farsi ricorso all'adozione in casi particolari in conseguenza della crisi della coppia adottiva, la Corte ha ritenuto la sussistenza di un vuoto normativo, e ha stabilito a chiare lettere che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte degli incompressibili diritti dei minori. Ha auspicato una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da

⁶ Cfr. Corte di Cassazione 22 giugno 2016, n. 1962.

⁷ Cfr. Corte Cost., 9 marzo 2021, n.32, in *Diritto & Giustizia* 2021, 10 marzo, *Rivista di Diritto Internazionale* 2021, 2, 592, *Foro it.* 2021, 6, I, 1923 e in *Fam. e dir.* n. 7/2021, 704, con nota di G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori.*

procreazione medicalmente assistita praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale. La Corte sottolinea opportunamente l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, per come attualmente regolato, che è impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubitabilmente, oltre alla crisi della coppia, anche la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale, reso necessario dall'art. 46 della medesima legge n. 184/1983. Tale disciplina si lega alle caratteristiche peculiari dell'adozione in casi particolari, che *“opera in ipotesi tipiche e circoscritte, producendo effetti limitati”*, posto che non conferisce al minore lo *status* di figlio legittimo dell'adottante e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine. In pratica, l'adozione in casi particolari, nella specifica ipotesi dell'art. 44 lett. D) della legge n. 184/1983, presuppone un progetto di genitorialità condivisa tra la famiglia di origine e quella adottante, che evidentemente non ricorre nelle ipotesi in esame. E', inoltre, ancora controverso se l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. In definitiva, la Corte, oltre a segnalare l'urgenza di tale intervento, si spinge sino a suggerire delle soluzioni ritenute praticabili, ovvero in via esemplificativa, una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione.

Infine, con successiva pronuncia della Corte costituzionale⁸, sono state dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale — sollevate dalla menzionata Corte di cassazione, in ordine alla preclusione del riconoscimento dell'efficacia nell'ordinamento italiano del provvedimento giurisdizionale straniero di accertamento del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla c.d. maternità surrogata e il genitore c.d. “d'intenzione”. La Corte argomenta questa volta sul principio del bilanciamento tra l'interesse del minore al mantenimento delle proprie relazioni familiari e al rispetto dell'identità personale, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di

⁸ Cfr. Corte cost, 9 marzo 2021, n.33, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II) 2021, 2, I, 528.

disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore. Al riguardo, il punto di equilibrio raggiunto dalla Cedu è corrispondente all'insieme degli evocati principi della Costituzione italiana, i quali per un verso non ostano alla non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero di riconoscimento della doppia genitorialità ai componenti della coppia (eterosessuale od omosessuale) che abbia fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata; per l'altro, impongono che, in tali casi, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale. Anche in questo caso si conclude che il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata non può che spettare, in prima battuta, al legislatore.

A tal fine, quest'ultimo, quale titolare di un significativo margine di manovra, a fronte di un ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, deve farsi carico di una disciplina che assicuri una piena tutela degli interessi del minore, in modo più aderente alle peculiarità della situazione, che sono assai diverse da quelle dell'adozione in casi particolari (c.d. “non legittimante”), prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983. Conclude, dunque, la Corte: *“Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore”*.

6. Conclusioni.

In conclusione, pare esserci una discrasia tra la scelta di politica criminale di rendere punibili le pratiche di maternità surrogata legalmente poste in essere nello Stato estero e l'esigenza sempre più pressante di garantire, con strumenti giuridici adeguati, la salvaguardia del mondo relazionale ed affettivo del minore. Il rischio è, inoltre, quello di incentivare delle sacche di privilegio, laddove alla maternità surrogata all'estero potrebbero impunemente fare ricorso i soggetti appartenenti a fasce privilegiate, che possano permettersi di stabilire la propria residenza in Paesi in cui detta pratica è lecita.

Pare, invece, urgente, come segnalato da ultimo dalla Corte costituzionale, promuovere una regolamentazione compiuta e organica dello statuto della filiazione nella PMA, attraverso scelte chiare di politica del diritto che

competono al legislatore. Purtroppo, la lacerazione delle coscienze su temi eticamente sensibili consegna ancora alla giurisprudenza e al pluralismo di sensibilità in essa insite, il gravoso compito di disegnare un tale statuto.

Le proposte in esame possono rappresentare un'opportunità preziosa per promuovere un più ambizioso disegno di regolamentare tutti gli aspetti di tale delicata materia.