



UNIVERSITÀ
DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

La repressione penale della gravidanza per altri
nell'ordinamento italiano

Relatore: Chiar.mo Prof. Fabio Fasani
Correlatore:

Tesi di laurea di
Samuele Esposito
Matricola 506866

Anno accademico 2025/2026

A chi lotta per ciò che è giusto.

«[...] perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi».

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XLVII, 1764.

«Niuna cosa è più facile che urtare in un errore di legislazione, ma niente è più difficile a curarsi, niente è più pernicioso alle nazioni. Una provincia perduta, una guerra male intrapresa sono flagelli di pochi momenti. Un istante infelice, una vittoria d'un giorno può compensare le sconfitte di più anni; ma un errore politico, un errore di legislazione può produrre l'infelicità d'un secolo, e può preparare quella de' secoli avvenire».

G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Libro I, § III, 1782.

INDICE

PREMESSA	8
CAPITOLO I	
IL PROBLEMA DELLA GRAVIDANZA PER ALTRI NEL CONTESTO ITALIANO	11
1.1 Il diritto a procreare nella prospettiva costituzionale	11
1.2 La giurisprudenza in materia di surrogazione anteriore alla L. 40/2004	16
1.3 Il dibattito filosofico in materia di surrogazione	18
CAPITOLO II	
L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E NORMATIVA NEL SISTEMA ITALIANO	25
2.1 Il percorso normativo fino all'approvazione della L. 40/2004	25
2.2 La giurisprudenza in materia di surrogazione successiva alla L. 40/2004	26
2.3 L'approvazione della L. 169/2024: la maternità surrogata come reato "universale"	44
CAPITOLO III	
IL REATO "UNIVERSALE"	48
3.1 L'analisi della potestà punitiva	48
3.1.1 I limiti alla potestà punitiva nel pensiero filosofico-giuridico moderno e contemporaneo	48
3.1.2 Il reato "universale": analisi di una categoria atecnica	54
3.2 Il principio di universalità nell'ordinamento penale italiano	57

3.2.1	I criteri dell'efficacia spaziale della legge penale italiana	57
3.2.2	Le clausole estensive della tipicità al fatto commesso all'estero	60
3.2.3	Il problema della doppia incriminazione e del paternalismo	64
3.3	La giurisdizione penale universale per la repressione dei <i>crimina iuris gentium</i>	67
3.3.1	L'origine consuetudinaria e l'evoluzione pattizia dei <i>crimina iuris gentium</i>	67
3.3.2	Una distonia del legislatore italiano: la demolizione e l'accantonamento del progetto di Codice dei crimini internazionali	72
CAPITOLO IV		
LA FATTISPECIE ITALIANA DI MATERNITÀ SURROGATA.		
	PROFILI DOMMATICI E POLITICO-CRIMINALI	75
4.1	Il fatto tipico	75
4.2	La cornice sanzionatoria	82
4.3	La perseguibilità all'estero prima e dopo la L. 169/2024	84
4.4	La repressione "universale" del "turismo procreativo": le ragioni della scelta politico-criminale	86
4.5	Gli effetti collaterali di una criminalizzazione "universale"	91
4.6	Il sindacato di proporzionalità sulla scelta di politica criminale	93
CONCLUSIONI		96
APPENDICE NORMATIVA		104
BIBLIOGRAFIA		136

PREMESSA

La presente tesi intende analizzare il problema della gravidanza per altri (GPA) all'interno del contesto italiano alla luce della presa di posizione nella Legge 19 febbraio 2004, n. 40, e dei recenti sviluppi sul piano normativo con l'approvazione della Legge 4 novembre 2024, n. 169.

Il primo capitolo individua il problema della gravidanza per altri attraverso una lente duplice: da un lato quella del diritto costituzionale, alla luce degli interventi della Corte costituzionale, e dall'altro quella delle teorie filosofiche che informano il dibattito sul tema. Viene presa in considerazione la direzione della giurisprudenza anteriore alla L. 40/2004, che anticipa una parte significativa dei problemi giuridici che seguiranno all'introduzione della fattispecie e delle successive modifiche legislative.

Il secondo capitolo verte sull'introduzione del divieto penale di cui all'art. 12 c. 6 L. 40/2004 e la successiva applicazione giurisprudenziale. La giurisprudenza si è trovata di fronte all'esigenza di bilanciare il limite dell'ordine pubblico, di cui la sanzione penale è espressione, e il principio dell'interesse del minore, in particolare alla continuità di *status*. La Corte costituzionale ha dovuto intervenire nuovamente e ha tratteggiato le indicazioni per il giudice di merito, oltre a rivolgere l'invito al legislatore a disciplinare, in conformità con le garanzie costituzionali minime e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, l'adozione dei bambini nati da GPA. Nel corso della XIX Legislatura, assorbendo altri atti parlamentari presentati al fine di estendere l'applicazione della norma in esame, la proposta a firma *Varchi e altri* è stata approvata, disponendo la perseguibilità della maternità surrogata commessa all'estero dal cittadino italiano.

Il terzo capitolo ripercorre i fondamenti del pensiero giuridico moderno e contemporaneo rispetto all'istituzione di un diritto universale, alla repressione degli atti che offendono l'umanità, ai limiti territoriali dell'applicazione della legge penale. A questa disamina fa seguito l'analisi della categoria del reato "universale", mettendone in

luce l'inesattezza: tale categoria può essere intesa alternativamente come applicazione del principio di universalità ovvero come giurisdizione universale per la repressione dei crimini internazionali. L'applicazione del principio di universalità alla legge penale italiana viene approfondita alla luce delle previsioni normative previgenti alla riforma del 2024 e delle altre fattispecie a cui si applica tale principio. La giurisdizione penale universale dei c.d. *core crimes* è illustrata dal punto di vista storico-giuridico fino all'approvazione dello Statuto di Roma del 1998, trattato istitutivo della Corte Penale Internazionale, e da ultimo viene presa in esame la scelta politico-criminale del legislatore italiano circa l'accantonamento del progetto di Codice dei crimini internazionali.

Il quarto capitolo analizza il fatto tipico, mettendone in luce l'indeterminatezza, in particolare in riferimento alle condotte e ai soggetti attivi. Anche la sperequazione della cornice sanzionatoria mal si concilia con la previsione della perseguibilità all'estero della condotta praticata dal cittadino italiano, che è generalmente adottata per fattispecie più gravi. La strumentalizzazione in chiave simbolica della legge penale, unita alla scarsa effettività della norma, consente di leggere la modifica normativa come un caso di populismo penale e di panpenalismo. L'attenzione del legislatore all'imposizione del comando etico, invece che alla realtà giuridica del fenomeno della GPA, porta con sé un effetto di *overspill* che travolge lo *status filiationis* dei bambini nati da tale pratica.

Le conclusioni valutano due aspetti: in primo luogo, i dubbi sollevati circa la legittimità costituzionale dell'incriminazione prevista e per la modifica normativa intercorsa nel 2024; in secondo luogo, la necessità di una regolazione internazionale del fenomeno, resa ancor più impellente a seguito del Report ONU del 2025, formulando l'invito al futuro legislatore ad una riforma della fattispecie incriminatrice che tenga in opportuna considerazione gli interessi costituzionalmente garantiti, a partire dalla tutela dei minori nati da GPA.

CAPITOLO I

IL PROBLEMA DELLA GRAVIDANZA PER ALTRI NEL CONTESTO ITALIANO

1.1 Il diritto a procreare nella prospettiva costituzionale

La riproduzione costituisce un bisogno intrinseco all'umanità, in quanto premessa indefettibile alla sopravvivenza dell'intero genere¹: infatti, il diritto a procreare viene categorizzato fra i c.d. "diritti primordiali"². Tale carattere di primordialità tocca corde intime e delicate, considerata l'attenzione generale alla tutela della genitorialità derivante e dall'impianto costituzionale e dal pubblico dibattito.

La Costituzione dispone fondamentali principi a tutela della famiglia, della filiazione e della maternità. L'art. 29 Cost. presenta la locuzione "società naturale" per definire la famiglia, facendo emergere una interpretazione prepositiva di cui l'ordinamento si fa garante e protettore. L'art. 30 Cost. fa riferimento alla imposizione ai genitori del dovere-diritto circa il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli e si fa carico di garantire ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale. Infine, l'art. 31 Cost. esplicita il favore verso la creazione della famiglia e l'adempimento dei suoi doveri, proteggendo esplicitamente la maternità.

A partire da tale articolata e compatta tutela costituzionale, non può che ritenersi presupposto, ancorché non venga esplicitato, il diritto a procreare. Non avrebbe ragione alcuna, *a contrario*, la costruzione di tale tutela di rango costituzionale senza ammettere *ab origine* una previa posizione giuridica soggettiva attiva rispetto alla genitorialità. Inoltre, la tutela costituzionale risulta corroborata dalle norme che costituiscono

¹ F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La L. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, in "Sovranità, Federalismo, Diritti", Editoriale Scientifica, 2020, 47.

² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 138.

parametro di costituzionalità per il tramite dell'art. 117 c. 1 Cost. In particolare, l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, l'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, gli artt. 8 e 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, gli artt. 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000.³

Il riconoscimento della procreazione quale diritto della persona trova poi fondamento nell'art. 2 Cost., che, secondo parte della dottrina, costituisce la matrice di “nuovi diritti” di rango costituzionale ulteriori rispetto ai diritti fondamentali già contemplati nella Costituzione⁴. Tra i rari casi giurisprudenziali reperibili prima della introduzione della L. 40/2004, vi è la C. Cost. sent. n. 332/2000, in cui la corte ha stabilito l'illegittimità costituzionale del divieto di avere prole al fine di arruolarsi nella Guardia di Finanza. Tale divieto è stato infatti ritenuto “in contrasto con i diritti fondamentali della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l'art. 2 della Costituzione l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella sfera privata”⁵. Non secondariamente, anche la garanzia della libertà personale di cui *ex art.* 13 Cost. consente di sussumere il diritto a procreare come libertà di determinarsi nella sfera personale⁶. La lettura combinata degli artt. 2 e 13 Cost. rinforza l'orientamento secondo cui titolare delle posizioni giuridiche riconosciute è non la «formazione sociale» di cui all'art. 2, bensì chi compone tale «formazione». Così anche la famiglia, benché ad essa siano formalmente riconosciuti dei diritti *ex art.* 29 Cost., non ha in nessun luogo dell'ordinamento giuridico titolarità propria in quanto soggetto collettivo: i diritti appartengono non alle formazioni sociali formate da individui, quanto piuttosto ai singoli individui *nelle* formazioni sociali⁷. L'evoluzione della scienza biomedica ha consentito il discernimento fra diritto alla procreazione naturale e diritto alla procreazione artificiale, aprendo l'orizzonte alle

³ F. ANGELINI, *op. cit.*, 48.; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, 2000, 60.

⁴ A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Foro italiano, 1975, 50-122.

⁵ C. Cost. sent. n. 332/2000, punto 2.2 considerato in diritto.

⁶ I. CORTI, *op.cit.*, 83-84.

⁷ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2021, 564-565.

questioni sulle tecniche, sui soggetti che vi possono ricorrere, fino a raggiungere il suo estremo nella configurazione di un «diritto al figlio»⁸ ovvero di una «maternità ad ogni costo»⁹. Esito ineludibile è la trasformazione della riproduzione e della genitorialità da *evento a scelta* individuale.

Il diritto alla procreazione naturale ha la fisionomia del diritto soggettivo, nella sua dimensione negativa *ex art. 1 L. 194/1978* ed *ex art. 1 c. 1 L. 405/1975* nella sua dimensione positiva. L'esistenza del diritto alla procreazione artificiale, invece, è più controversa. Il dibattito, incentrato sul rischio di assenza di responsabilità nelle scelte riproduttive¹⁰, è stato connotato da un approccio restrittivo nel campo della procreazione artificiale anche da parte del pensiero femminista basato sulla teoria della differenza sessuale¹¹. La fisionomia del diritto a procreare non ha, perciò, il carattere di «diritto universale»: il nucleo centrale sta piuttosto nell'attribuire la «centralità alla consapevolezza della scelta della madre», che della procreazione deve sostenere i rischi¹². L'esistenza di un diritto alla procreazione artificiale è da intendersi nella prospettiva di una posizione giuridica soggettiva. La materia della procreazione ingenera ricadute sulla sfera personale dell'individuo, e la natura della posizione giuridica – i.e. la questione se essa consti di una mera libertà negativa (*libertà da*) o sia piuttosto un diritto positivo (*libertà di*) – rimane oggetto di discussione. L'approccio prevalente negli Stati Uniti viene ricondotto alla tutela della *privacy*, il che è stato oggetto dell'interpretazione da parte del pensiero femminista liberal nel senso di una mera libertà negativa, come un «diritt[o] di libertà in cui la “sovranità individuale” supera la “sovranità statale”»¹³. Tuttavia, la totale preclusione dell'intervento pubblico determinata da tale libertà negativa ha avuto il paradossale esito di favorire la «prevalenza delle prerogative maschili» nonché la

⁸ C. TRIPODINA, *Il “diritto al figlio” tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2014, 2596.

⁹ S. RONDELLI, *Procreazione artificiale o artificio del diritto? (il problema della maternità sostitutiva in una recente ordinanza)*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2003, 264.

¹⁰ E. LECALDANO, *Bioetica: le scelte morali*, Laterza, 2005, 138.

¹¹ A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive: Autodeterminazione, salute, dignità*, Mimesis Edizioni, 2020, 45 ss.

¹² F. ANGELINI, *op.cit.*, 56.

¹³ *Ibidem*, 58.

equiparazione della gravidanza a situazioni differenti quali e.g. la donazione degli organi. Non può che risultare l'inadeguatezza di tale approccio liberale, il quale lascia intatti i rapporti di potere tra i generi e rischia di determinare, nella indiscriminata e acritica adesione al progresso tecnico e scientifico, la strumentalizzazione del corpo della donna¹⁴. Il contesto italiano, al contrario, ha trovato nella tutela della salute e nella spinta solidaristica dell'impianto costituzionale di cui *ex artt.* 2, 3, 31 e 32 Cost. la struttura portante di un diritto soggettivo positivo, la cui attuazione si è data attraverso le leggi nn. 405/1975, 194/1978 e 833/1978, prevedendo quest'ultima l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale. L'ampia esplicazione del diritto alla salute nell'ordinamento italiano rende incompatibile l'approccio liberale poc'anzi tratteggiato. Il raggio dell'art. 32 finisce per coprire sia l'ambito delle condizioni oggettive sia quelle soggettive. Sotto il profilo delle condizioni oggettive, ogni situazione concernente l'incapacità o la difficoltà riproduttiva – infertilità, malattie sessualmente trasmissibili etc. – trova soluzione nell'accesso alle pratiche di procreazione assistita come strumento di garanzia contro la «limitazione di sviluppo della propria personalità», fungendo perciò da volano della libertà personale *ex art.* 13 Cost.¹⁵. L'interpretazione che prende avvio dalla previsione *ex art.* 13 c. 1 Cost. della libertà negativa fino a pervenire alla posizione giuridica soggettiva attiva *ex art.* 32 Cost. è corroborata altresì da C. Cost. sent. n. 471/1990¹⁶. Sotto il profilo delle condizioni soggettive, l'interpretazione ampia del diritto alla salute sussume anche le fattispecie connesse al benessere psico-fisico. Il desiderio di genitorialità può rappresentare un elemento irrinunciabile nella vita di una persona, e la sua mancata realizzazione può comportare ripercussioni psichiche significative. Tale esegesi è desumibile dalla giurisprudenza costituzionale¹⁷ nonché da interventi del legislatore, come la L. 164/1982 sulla rettificazione del sesso, che hanno perseguito l'obiettivo della piena realizzazione dell'integrità psico-fisica: concetto, quest'ultimo, oggetto dell'art. 3 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Con la sent. n. 162/2014, la

¹⁴ Ibidem, 59.

¹⁵ Ibidem, 60.

¹⁶ C. Cost. sent. n. 471/1990, punto 3 cons. in dir.

¹⁷ M. LUCIANI, *Diritto alla salute – dir. cost.*, 1.

Corte costituzionale ha espressamente denotato il diritto a procreare con tutela di tipo costituzionale: nella sanzione di illegittimità costituzionale delle disposizioni della L. 40/2004 che vietavano il ricorso alla fecondazione eterologa, la corte ha affermato che «la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009)»¹⁸. In tale sentenza, emerge che la corte non ha operato la distinzione precedentemente esposta tra procreazione naturale e artificiale, componendo invece il quadro con una diadi differente: quella, cioè, fra *diritto a procreare* e *diritto di libertà procreativa*¹⁹. Il diritto a procreare ha la fisionomia di un diritto incoercibile – come determinazione di avere o meno un figlio – mentre il diritto di libertà procreativa – come atto che consente di diventare genitori – incontra il limite del bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale. L'ampia nozione del diritto a procreare è stata poi ridimensionata dalla C. Cost. sent. n. 221/2019, in cui la corte ha affermato che la tutela

¹⁸ C. Cost. sent. n. 162/2014, punto 6 del cons. in dir.

¹⁹ E. LECALDANO, *op.cit.*, 135 ss.

costituzionale della salute attraverso la «soddisfazione di [...] aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale» va ricondotta alla fattispecie cui la pronuncia del 2014 era riferita, i.e. alla «coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia produttiva di infertilità o sterilità assolute e irreversibili»²⁰. Ne deriva l'interpretazione del diritto alla libertà procreativa soltanto nella dimensione positiva e la ferma posizione di limiti di bilanciamento.

1.2 La giurisprudenza in materia di surrogazione anteriore alla L. 40/2004

Dapprincipio, il progresso scientifico e il diritto hanno dato seguito allo sviluppo di strumenti – contraccezione, interruzione volontaria di gravidanza – volti a garantire la libertà di *non* procreare. L'avanzamento successivo ha invece reso disponibili differenti pratiche volte a realizzare la libertà *di* procreare. In tal modo, la riproduzione ha cambiato la sua fisionomia: non più casuale evento, bensì scelta consapevole²¹. Fra tali tecniche, vi è la maternità surrogata, che indica «la situazione nella quale una donna si assume l'obbligo di portare a termine una gravidanza per conto di una coppia sterile, alla quale s'impegna poi a consegnare il nascituro»²². Nell'incertezza che caratterizzava l'ordinamento italiano prima dell'approvazione della L. 40/2004, la casistica giurisprudenziale è particolarmente interessante poiché rappresenta, anticipandoli, gli elementi-cardine che caratterizzano, anche sul piano filosofico e politico, i differenti approcci nel dibattito sulla maternità surrogata. La prima sentenza venne pronunciata dal Tribunale di Monza nell'ottobre del 1989²³ ed ebbe ad oggetto un contratto di surrogazione di maternità a titolo oneroso. La coppia committente chiedeva il riconoscimento dell'affidamento della bambina contro la volontà della madre portante:

²⁰ C. Cost. sent. n. 221/2019, punto 16 del cons. in dir.

²¹ F. ANGELINI, *op.cit.*, 66.

²² E. LA ROSA, *Maternità surrogata*, in “Diritto on line”, Enciclopedia Treccani, 2017. Reperibile in https://www.treccani.it/enciclopedia/maternita-surrogata_%28Diritto-on-line%29/.

²³ Tribunale di Monza, sent. del 27 ottobre 1989, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1990, I, 355 ss.

nel rigettare tale richiesta, il Tribunale esplicitava che la Costituzione «non riconosce un vero e proprio diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generale diritto alla personalità» e sottolineava che dall'impianto costituzionale non emerge «un concetto di paternità o di maternità meramente negoziali, disgiunte, cioè, da un qualche fondamento biologico, relegate sotto l'esautivo governo della autonomia privata e suscettibili di cancellare dal mondo giuridico quelle naturali»²⁴. Il secondo caso in giurisprudenza è l'ordinanza del Tribunale di Roma del febbraio del 2000. Il Tribunale era chiamato a pronunciarsi su una richiesta di un provvedimento di urgenza *ex art. 700 c.p.c.* sulla base della prospettazione di un «danno imminente, grave ed irreversibile» agli embrioni crioconservati che il medico si era rifiutato di impiantare nell'utero della madre surrogata in adesione ad un codice deontologico. Nell'decidere in senso favorevole all'istanza di provvedimento di urgenza, il Tribunale ha fatto proprio l'approccio che «concepisce la società come un organismo in continua evoluzione, ove sia rispettata l'autorealizzazione individuale» e grazie al quale «deve essere riconosciuto, quale diritto fondamentale della persona, il diritto di diventare genitori ed a valutare e decidere la scelta in relazione al bisogno di procreare, con la precisazione che lo status genitoriale può trovare completezza nell'adozione, ma anche nella trasmissione del proprio patrimonio genetico»²⁵. Nel caso di specie, il Tribunale ha quindi ricondotto alla «manifestazione e svolgimento della personalità» il desiderio di diventare genitori, sottolineando che la madre surrogata sceglieva consapevolmente di partecipare in virtù del legame di profonda amicizia che la legava con la coppia di genitori intenzionali e che la sua decisione era motivata esclusivamente da altruismo, manifestando «responsabilità nei confronti del nascituro, tali da confrontarla con il ruolo di seconda madre, mostrando essa stessa il desiderio di seguire il bambino»²⁶. Pur tenendo in considerazione il rischio alla dignità della persona derivante dalla commercializzazione della maternità, nel caso in esame lo spirito altruistico e di liberalità che denotavano la scelta della madre portante, che pure rientra nella disciplina *ex art. 5 c.c.*, consentivano di escludere la contrarietà all'ordine

²⁴ Ibidem.

²⁵ Tribunale di Roma, ord. del 17 febbraio 2000, in *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2000, 706 ss.

²⁶ Ibidem.

pubblico e al buon costume. In dottrina – e nella giurisprudenza costituzionale, come in C. Cost. sent. n. 162/2017 e n. 221/2019 – si è tuttavia sottolineato che la realizzazione della personalità può essere pienamente raggiunta solamente se essa concerne tutte le persone coinvolte, attraverso la garanzia del principio di uguaglianza e libertà²⁷.

1.3 Il dibattito filosofico in materia di surrogazione

Il tema della surrogazione di maternità costituisce una sorta di *crux desperationis* del dibattito filosofico, e in particolare all'interno del pensiero femminista. Inevitabilmente, presto o tardi il dibattito torna a cadere sul corpo delle donne e, in via di stretta contiguità, con l'idea stessa di famiglia. La maternità surrogata, infatti, apre gli orizzonti per eventuali composizioni familiari profondamente differenti da quelle di tipo tradizionale: ad esempio, una surrogazione che avvenga su richiesta di due genitori intenzionali in relazione con una madre gestante, la quale conduca la gravidanza di un embrione formato da due gameti di due donatori diversi dai genitori intenzionali, conduce a tracciare linee di "genitorialità" – sia essa di natura genetica ovvero di natura altra – tra un singolo neonato e fino a cinque "genitori". Tale potenzialità scardina l'idea di famiglia tradizionale, sia per la quantità – fino a cinque – sia per la qualità – intenzionali, donatori – dei soggetti categorizzabili nella nozione di "genitori". *Ictu oculi*, parrebbe potersi rintracciare un carattere di inequivocabile novità nel contesto delle costruzioni familiari: così non è, giacché nella Bibbia sono presenti due casi emblematici di surrogazione. Il primo è quello di Sara ed Abramo, convinto da questa ad avere un figlio dalla propria schiava Agar; il secondo è quello di Giacobbe, il quale generò due figli con la schiava della moglie Rachele²⁸. L'utilizzo di una pratica così radicata storicamente (v. *infra* questo paragrafo) ha poi subito un'amplificazione che si riverbera su principi prima intonsi,

²⁷ F. ANGELINI, *op.cit.*, 70.

²⁸ *Genesi* 16, 1-3; 30, 1-6.

quale il principio *mater semper certa est*. Nel caso limite visto sopra, il ruolo di “madre” viene inevitabilmente frammentato e ne diviene meno immediata l’individuazione.

L’elemento concettuale che separa le due principali aree del pensiero femminista in merito al tema della riproduzione è la differenza sessuale, con ciò intendendo il fatto che il corpo femminile, a differenza di quello maschile, è l’unico in grado di procreare. Sin dagli anni Settanta, si è teorizzato come obiettivo della rivoluzione femminista proprio l’eliminazione della differenza sessuale, da attuarsi con il controllo dei mezzi di riproduzione attraverso la tecnologia²⁹. In tale radicale prospettiva, che interpreta il materialismo storico in chiave femminista, il peso della maternità biologica è la «fonte originaria della oppressione femminile»³⁰ che ha reso la *sex class*, la classe delle donne, subordinata a quella degli uomini proprio in virtù della differenza sessuale. Tale approccio, che si può definire “liberazionista”, trova il suo contraltare nella corrente della c.d. teoria della differenza sessuale: proprio perché il rapporto di forza tra uomo e donna si è impennato sulla differenza sessuale, il fine del femminismo è la «riappropriazione della maternità come fonte di valore e di potere per le donne»³¹. In ciò, il ricorso alle tecnologie riproduttive è interpretato alla stregua di una nuova forma di oppressione che si concreta nell’esproprio del potere riproduttivo da parte del potere medico e, ancora una volta, maschile³².

La babele degli approcci alla differenza sessuale è poi ulteriormente esacerbata dalla complessità degli aspetti etici della surrogazione. Essa ingenera aperte conflittualità tra varie correnti di pensiero, le une di approccio conservatore, le altre di approccio libertario, che riempiono la pratica di volta in volta con un significato rispettivamente di sfruttamento e di emancipazione. I due filoni fondamentali fanno ciascuno capo ai lavori di Carole Pateman e Carmen Shalev. Nel lavoro di Pateman³³, il contratto di surrogazione

²⁹ S. FIRESTONE, *The Dialectic of Sex*, 1971.

³⁰ I. CORTI, *op.cit.*, 20.

³¹ *Ibidem*, 21.

³² *Resolution of the first European conference of FINRRAGE*, FINRRAGE (Feminist International Network of Resistance to Reproductive and Genetic Engineering), 1985.

³³ C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, 1997.

di maternità non è altro che la plastica realizzazione di un nuovo livello di dominazione patriarcale, nel senso che «indica anche che è in corso un'ulteriore trasformazione del patriarcato moderno. In una forma nuova, contrattuale, sta ricomparendo il diritto del padre»³⁴. L'Autrice osserva analiticamente che lo scambio, in un contratto di tal fatta, è tra una parte di proprietà di un uomo – lo sperma – e una parte di proprietà della surrogata – l'utero³⁵. Quando poi giunge alla questione della solidarietà, Pateman mantiene un approccio sostanzialmente scettico circa l'esistenza nei fatti dell'elemento solidale, in quanto l'idea del dono non fa emergere il soggetto a cui viene reso il servizio dedotto nel contratto. Questa posizione è stata però oggetto di critica, poiché dà per scontato che tali rapporti siano necessariamente realizzati mediante un vincolo sinallagmatico e che abbiano come soggetto contrattuale forte l'uomo³⁶.

La prospettiva libertaria è quella invece adottata da Shalev, il cui lavoro³⁷ è informato alla liberazione della donna dalla «soggettività del suo utero»³⁸. Rifiutare la validità dei contratti di surrogazione, infatti, implicherebbe «che le donne non sono in grado, in ragione del loro sesso biologico, di agire come soggetti razionali e morali in relazione alla loro funzione procreativa»³⁹. L'Autrice parte dal principio che sia diritto della persona determinare autonomamente quanto attiene alla genitorialità prima del concepimento: in questa costruzione logica, l'elemento portante è non il diritto soggettivo, bensì il concetto di responsabilità. L'apertura offerta dalle tecnologie riproduttive verso pratiche di cooperazione nella genitorialità, se dal lato maschile è ampiamente accettata – la sterilità maschile è superabile con l'inseminazione di un terzo donatore – così non è invece nei casi di patologia femminile ove sia necessaria la partecipazione di una madre surrogata. Perciò, pur in costanza di critiche rivolte alla medicalizzazione della maternità, Shalev afferma in via di principio il carattere liberatorio delle nuove modalità procreative. Da ciò deduce anche la legittimità del pagamento della madre surrogata, dal momento che «la

³⁴ Ibidem, 272.

³⁵ Ibidem, 278.

³⁶ I. CORTI, *op. cit.*, 26.

³⁷ C. SHALEV, *Nascere per contratto*, 1992.

³⁸ Ibidem, 126.

³⁹ Ibidem, 16.

massima manifestazione della libertà della surrogata si ha quando essa fissa un valore economico alla sua attività procreativa»⁴⁰. Su questa interpretazione dell'etica della responsabilità, è stato tuttavia osservato che «la responsabilità che qui entra in gioco [...] è precisamente quella richiamata dall'etica dei diritti»⁴¹.

Ulteriori obiezioni teoriche sono state rivolte da chi ritiene la surrogazione di maternità una minaccia alla famiglia tradizionale. Tale minaccia si ripercuoterebbe sia sulla famiglia dei genitori intenzionali, che si troverebbe di fronte l'ingerenza della surrogata, sia sulla famiglia della stessa madre surrogata. Significativo è il richiamo operato dalla Istruzione della Congregazione per la dottrina della fede del 1987 (c.d. Istruzione Ratzinger, dal nome dell'allora cardinale a capo della congregazione), che si riferisce alla maternità surrogata definendola «contraria all'unità del matrimonio e alla dignità della procreazione della persona umana», asserendo inoltre che «instaura a detrimento delle famiglie una divisione fra gli elementi fisici, psichici e morali che le costituiscono»⁴². Si è osservato, peraltro, che la maternità per sostituzione in realtà finisca col corroborare il tradizionale ruolo materno della donna nella famiglia, affidando il ruolo di madre ad una donna che, per ragioni mediche, non può esserlo. Inoltre, rimane il dubbio su come possa la surrogazione inficiare la tenuta della famiglia quando sono generalmente dei coniugi senza prole a desiderare un figlio e, di conseguenza, una famiglia. Infine, non si vede come chi condivide tali obiezioni possa negare a tutti gli altri il ricorso alla pratica⁴³.

Particolarmente pregnante è l'obiezione della violazione della dignità umana. Nella fondamentale definizione kantiana, è lesivo della dignità umana ciò che tratta l'umano come mezzo e non come fine. È il caso della surrogazione commerciale, in cui lo scopo di lucro rende il corpo femminile mero strumento per il perseguimento di un interesse altrui. Proprio tale obiezione è stata al centro della importante decisione sul caso *Baby M.*

⁴⁰ Ibidem, 166.

⁴¹ T. PITCH, *Un diritto per due*, 1998, 31 ss.

⁴² Congregazione per la dottrina della fede, *Donum vitae: Istruzione sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 1987.

⁴³ I. CORTI, *op. cit.*, 33.

emessa dalla Corte Superiore del New Jersey del 1987, con l'affermazione che tale operazione fosse «*potentially degrading to a woman*»⁴⁴. *Contra* è stato affermato che l'utilizzo del corpo femminile anche per tale scopo rappresenta l'estrinsecazione del diritto di ogni donna di disporre liberamente del proprio corpo, non costituendo la dazione del denaro un limite ad esso⁴⁵. Più nel dettaglio, quest'ultima tesi, che sostanzialmente equipara la surrogazione ad ogni altra attività lavorativa, pone l'interrogativo circa la fondatezza della distinzione tra lo sfruttamento dell'utero da quello delle altre parti del corpo che avviene normalmente all'interno del mercato del lavoro. Infatti, la necessità economica può spingere le donne ad accettare lavori sottopagati, eppure questo tipo di sfruttamento non ingenera la stessa riprovazione della surrogazione⁴⁶. Tuttavia, è stato correttamente osservato che la distinzione tra le attività lavorative in generale e la gestazione è insuperabile, in quanto questa ha l'esito di dare origine ad una vita umana: tale fenomeno non può perciò rientrare nella categoria della produzione di un bene⁴⁷. La tutela della dignità entra in gioco anche rispetto alle condizioni di vita cui è sottoposta la madre gestante nei contratti di surrogazione: farmaci, esami e prove genetiche, clausole di esonero dei committenti dalla responsabilità in caso di malattie connesse alla gravidanza etc.⁴⁸. Rispetto a questo, la subalternità economica si sostanzia in una servitù per contratto, in cui il consenso della gestante è in realtà estorto attraverso il corrispettivo in denaro. Per evitare forme di sfruttamento di tal fatta, è quindi auspicabile la regolamentazione del fenomeno, come avvenuto nel Regno Unito con il *Surrogacy Arrangements Act* del 1985, primo atto legislativo a disciplinare la maternità surrogata, con cui si disciplina il fenomeno e si introduce il divieto nel solo caso di surrogazione *on commercial basis*⁴⁹. Inoltre, il rischio di sfruttamento e di lesione alla dignità umana concerne anche il fenomeno dell'adozione – in ciò analogo ai rischi della surrogazione:

⁴⁴ Corte Superiore del New Jersey, sent. 31 marzo 1987, in *Foro italiano*, 1988, IV, 104.

⁴⁵ M. FREEMAN, *Is surrogacy exploitative?*, in S.A.M. MCLEAN, *Legal Issue in Human Reproduction*, Essex, 1989, 170.

⁴⁶ Ibidem, 169.

⁴⁷ I. CORTI, *op. cit.*, 38.

⁴⁸ G. BERLINGUER, V. GARRAFA, *La merce finale. Saggio sulla compravendita di parti del corpo umano*, 1996, 26 s.

⁴⁹ I. CORTI, *op. cit.*, 38.

in quel caso il legislatore è opportunamente intervenuto per eliminare il «pericolo di un vero e proprio “commercio” dei bambini»⁵⁰. Riconducendo l’analisi alla gravidanza per altri solidale, è da escludersi ogni possibile lesione della dignità umana: infatti, «se guardassimo con gli stessi occhi al trapianto di organi tra vivi, dovremmo dire che si lede la dignità perché il corpo del donante è trattato come un deposito di pezzi di ricambio. La dignità della condotta umana non risiede nei suoi connotati materiali e neppure nelle sue funzionalità oggettive, ma nei valori che cerca di esprimere; e in questo caso perché non parlare di “dono” [...]?»⁵¹.

È opportuno soffermarsi sulla qualificazione della maternità surrogata come una pratica contro natura, in quanto separare la madre e il figlio dopo il parto è contrario all’istinto materno. La questione fondamentale, tuttavia, è che «nulla è più culturale dell’idea di natura: il confine tra quel che è naturale e quel che non lo è dipende dai valori e dalle decisioni degli uomini»⁵². A conferma di ciò, pratica di rilievo storico in cui una donna mette a disposizione il proprio corpo – in particolare il seno – e provvede a curare il neonato dietro un corrispettivo in denaro, è il contratto di baliatico. L’abbandono del minore che si verificherebbe nella surrogazione, nel baliatico si verificherebbe addirittura due volte: la prima nel distacco tra bambino e madre biologica, e la seconda in quello tra bambino e nutrice per ritornare dalla madre⁵³. Un effetto collaterale – certamente problematico, ma non considerato tale dalla cultura dei secoli XVIII e XIX – del rapporto di baliatico è costituito anche dalle condizioni del fratello di latte, il quale veniva spesso ad essere oggetto di minore attenzione e cura rispetto al figlio della madre pagante⁵⁴.

Il principale argomento che viene riportato a favore della maternità surrogata è la constatazione che essa costituisce l’estrema possibilità per una coppia (o una donna sterile) di avere un figlio biologico. Surrogare nella maternità una donna che non possa

⁵⁰ M. MORI, *La fecondazione artificiale: Questioni morali nell’esperienza giuridica*, 1988, 153.

⁵¹ P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, in *Questione Giustizia.*, 5/1999, 838.

⁵² C. CAPORALE, A. MASSARENTI, A. M. PETRONI, S. RODOTÀ, *Così aumentano le “chances” della vita*, in *Bioetica*, 1998, 325.

⁵³ I. CORTI, *op. cit.*, 41.

⁵⁴ G. BERLINGUER, V. GARRAFA, *op. cit.*, 27.

farlo da sola, se ciò è una scelta consapevole ed autonoma, va inteso come un atto di solidarietà⁵⁵.

Da ultimo, non può rimanere scevro da critica l'uso della locuzione su cui il discorso si è fino a qui imperniato: "maternità surrogata". Bisogna necessariamente precisare cosa si intenda, oggi, con il termine "maternità". Se con essa si intende la «dimensione fisica e/o spirituale che unisce al desiderio di procreare la disposizione ad assumersi la responsabilità genitoriale su una vita altrui», essa non è surrogabile, poiché è «un atto di volontà e consapevolezza personale non alienabile». ⁵⁶ L'unico fatto suscettibile di essere surrogato è la gravidanza: infatti, l'ordinamento già consente di evitare l'indesiderato ruolo di madre, sia interrompendo la gravidanza sia rinunciando in via permanente alla responsabilità genitoriale⁵⁷.

Come riportato sopra, il pensiero femminista ha segnato il progresso civile e ha contribuito, anche attraverso la contraccezione e l'interruzione volontaria di gravidanza, ad emancipare le donne dal ruolo di madri, scindendo la gravidanza dalla maternità. A margine di questa notazione, si fa rinvio alla successiva trattazione sulle colorazioni ideologiche che il dibattito politico ha stratificato sul fenomeno in oggetto e sul loro maggiore o minore grado di opportunità.

⁵⁵ I. CORTI, *op. cit.*, 46 s.

⁵⁶ M. MURGIA, *Dare la vita*, Rizzoli, 2024, 65.

⁵⁷ *Ibidem*, 66 s.

CAPITOLO II

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E NORMATIVA

NEL SISTEMA ITALIANO

2.1 Il percorso normativo fino all'approvazione della L. 40/2004

Il problema delle tecnologie riproduttive si pone a partire dal primo annuncio ufficiale di una bambina nata attraverso la fecondazione artificiale *in vitro*, Louise Brown, nel 1978, cui è seguito il clamore del caso Baby M. nel New Jersey del 1984⁵⁸. La presenza della regolamentazione di questi fenomeni in alcuni stati europei e l'assenza di leggi in Italia, determinarono un fenomeno di "turismo procreativo". Fino agli anni '90, infatti, i primi interventi normativi di regolamentazione erano stati di rango sublegislativo – come le circolari del Ministro della Sanità Degan del 1985 e quella del Ministro Donat-Cattin del 1987 – e mantenevano comunque uno stato di lacunosità dell'ordinamento. L'evento che, per il suo impatto storico, costituì il termine *post quem* fu il caso della pecora Dolly, pubblicato sulla rivista *Science* nel 1997: oltre a due circolari sul divieto di sperimentazione o interventi funzionali alla clonazione emanate dalla Ministra della Sanità Bindi, il 12 marzo dello stesso anno la XII Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati dà avvio, su iniziativa dell'on. Bolognesi (Democratici di Sinistra), all'*iter* legislativo. L'8 luglio dell'anno successivo, la Commissione redige un testo finale e dà mandato alla relatrice Bolognesi di presentarlo alla Camera⁵⁹. Il progetto Bolognesi (A.C. 414) presentava tratti di evidente compromesso, mantenendo comunque limitate aperture come l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie di fatto e alla previsione del ricorso, in casi eccezionali, alla fecondazione eterologa. Giunto alla discussione assembleare nel febbraio 1999, il progetto fu oggetto di un ventaglio di

⁵⁸ F. ANGELINI, *op. cit.*, 76.

⁵⁹ *Ibidem*, 78-79.

emendamenti che causarono una forte torsione ideologica rispetto ai principi che avevano sin lì caratterizzato la proposta: fecero seguito le dimissioni da relatrice dell'on. Bolognesi e alla nomina del relatore on. Cè (Lega Nord). Infatti, una coalizione trasversale di cattolici (Polo della libertà, Partito Popolare Italiano e Lega Nord) fece approvare a larga maggioranza alla Camera (266 favorevoli e 153 contrari) il testo, in cui è definitivamente espunta la fecondazione eterologa⁶⁰. Il dibattito proseguirà nel Senato ma verrà poi rimandato fino al termine della XIII legislatura. L'aprirsi della XIV legislatura, a maggioranza di centrodestra, ha visto la riproposizione ad iniziativa del Governo del testo approvato dalla Camera nel 1999, con alcune modifiche. In particolare, nel testo che era stato presentato il divieto di surrogazione di maternità era inserito all'art. 12 c. 1, in cui erano elencate altre tecniche vietate e punite penalmente⁶¹. Inoltre si precisava, nel c. 3, la non punibilità dell'uomo o della donna «ai quali sono applicate [tali] tecniche». La versione definitiva presenta invece il divieto di surrogazione all'interno del comma 6, autonomo rispetto alle altre tecniche di riproduzione vietate⁶². I lavori successivi in Senato vedranno poi l'approvazione definitiva l'11 dicembre 2003 e infine, dopo una modifica tecnica in materia di copertura finanziaria apportata alla Camera, diviene legge dello stato il 19 febbraio del 2004⁶³.

2.2 La giurisprudenza in materia di surrogazione successiva alla L. 40/2004

⁶⁰ Ibidem, 81.

⁶¹ L'art. 12 c. 1 era così formulato: «Chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita vietate ai sensi dell'articolo 4, comma 3, o fra soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 5, o senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'articolo 6, o in strutture diverse da quelle di cui all'articolo 10, o in violazione dei divieti e degli obblighi di cui all'articolo 13, o realizza in qualsiasi forma la commercializzazione o l'importazione e l'esportazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità o il prelievo o il trasferimento in utero di un gamete dopo la morte di uno dei soggetti di cui all'articolo 5, è punito con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa da 51.646 euro a 154.937 euro, e con l'interdizione per cinque anni dall'esercizio della professione».

⁶² V. APPENDICE NORMATIVA.

⁶³ F. ANGELINI, *op. cit.*, 82-85.

La giurisprudenza anteriore alla L. 40/2004 presentava una valutazione sulla legalità dell'accordo di surrogazione rispetto all'ordine pubblico interno, come limite all'autonomia privata sugli atti di disposizione del proprio corpo *ex art. 5 c.c.*, e si collocava prima o comunque subito dopo la nascita del bambino, senza che si instaurasse un rapporto familiare tra bambino e genitori intenzionali. La giurisprudenza successiva, invece, si trova a valutare le richieste di trascrizione di atti esteri tramite il filtro dell'ordine pubblico internazionale e opera sempre *a posteriori* del rapporto familiare, dovendo effettuare il bilanciamento con gli interessi del minore e in particolare con la continuità di *status*⁶⁴. Questa giurisprudenza ha una fisionomia eterogenea e multilivello: oltre alle decisioni dei giudici di merito e di legittimità, si rinvencono sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e sentenze della Corte costituzionale. Tratto peculiare della giurisprudenza di merito è stato quello di bilanciare il peso del divieto penale e quello degli altri diritti di volta in volta presenti nella fattispecie, in particolare del principio del *best interests of the child*, recependo il dato emerso dalla giurisprudenza della Corte EDU e del giudice delle leggi.

Tra le prime pronunce in materia, figura la sent. 13 febbraio 2009 della Corte d'appello di Bari. Il caso riguarda due contratti di surrogazione a titolo gratuito realizzati in Inghilterra. La surrogazione vede l'utilizzo, nel caso in esame, del gamete maschile del padre intenzionale, mentre la madre intenzionale è impossibilitata alla gravidanza a causa di un'isterectomia. La donna acconsente al desiderio del marito, contrario all'adozione e deciso ad avere un figlio biologico, anche alla luce del fatto che la fecondazione omologa avrebbe messo a rischio la sua vita. Dopo essersi rivolti ad un'organizzazione di volontariato inglese, intermediaria tra le coppie intenzionali e le madri portanti, i coniugi incontrano una cittadina inglese che, nel 1997 e nel 2000, dà alla vita due bambini. Gli accordi con la madre gestante erano avvenuti nel rispetto della normativa inglese⁶⁵: la coppia si rivolge quindi alla Cryodon Family Proceedings Court e ottiene due *parental order*, in cui la maternità viene attribuita alla madre intenzionale al posto della madre

⁶⁴ Ibidem, 209.

⁶⁵ Art. 30 dello *Human Fertilisation and Embriology Act* del 1990.

gestante. La coppia, ritornata in Italia, non richiede il riconoscimento dei due provvedimenti stranieri, e i bambini risultano all'anagrafe come figli del padre biologico e della madre gestante. Dopo la separazione dal marito, al fine di ottenere l'affidamento dei bambini, la donna chiede la trascrizione degli atti inglesi in Italia, per evitare la «surreale situazione»⁶⁶ per cui i due bambini abbiano due madri diverse nel Regno Unito e in Italia. In questa decisione, la corte di Bari analizza la fattispecie alla luce degli artt. 64 e 65 della L. 218/1995⁶⁷, concernenti il limite dell'ordine pubblico internazionale nel riconoscimento delle sentenze straniere. La corte afferma che va tenuto in considerazione non la sentenza in se stessa ma «il risultato concreto che a seguito del riconoscimento si produce nell'ordinamento»: non si può valutare la contrarietà all'ordine pubblico tenendo a mente esclusivamente le previsioni della L. 40/2004. L'effetto del riconoscimento, infatti, non sarebbe la deroga alla disciplina sulla procreazione medicalmente assistita, bensì la tutela dei diritti della filiazione. Al contrario, il mancato riconoscimento incide sulla situazione consolidata nel tempo: la decisione deve individuare quale sia la priorità tra il giudizio sull'illiceità dell'accordo di surrogazione e i «“superiori” principi giuridici ed anche etici di tutela effettiva dei minori che sono determinati dal *favor filiationis* e/o dal *favor minoris*»⁶⁸. Se così non fosse, allora il limite dell'ordine pubblico sarebbe inteso «in un'ottica grettamente poliziesca» invece che secondo la visione di ordine pubblico internazionale. La corte stabilisce che i «principi essenziali dell'ordinamento nazionale» – cioè il divieto di surrogazione di maternità e la prevalenza della maternità biologica – «non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella inglese, e quella greca) che prevedono deroghe a tale principio»⁶⁹. La corte tiene anche in considerazione il fatto che la condotta è stata posta in essere prima dell'introduzione del divieto di maternità surrogata in Italia – in costanza di un vuoto normativo nel paese – e, inoltre, qualifica come meritevole di tutela il rapporto ormai decennale instauratosi tra i figli e la madre intenzionale. Infine, opera un

⁶⁶ Corte d'appello di Bari, sent. del 13 febbraio 2009, in *Giurisprudenza di merito*, 2/2010, 349 ss.

⁶⁷ V. APPENDICE NORMATIVA.

⁶⁸ Corte d'appello di Bari, sent. del 13 febbraio 2009, *cit.*

⁶⁹ *Ibidem*.

ridimensionamento della nozione di ordine pubblico internazionale, che non coincide con le norme inderogabili dell'ordinamento italiano ma con la tutela dei diritti umani fondamentali.

La prima decisione pronunciata in tema di maternità surrogata dal giudice di legittimità risale al 2014. Il caso riguarda una coppia eterosessuale in cui la donna ha subito un'isterectomia e l'uomo è affetto da oligospermia. La coppia ha superato il limite d'età per l'adozione di un neonato ed è stata ritenuta non idonea a seguito di tre domande di adozione, a causa di una difficoltà riscontrata nell'elaborazione di una sana genitorialità adottiva. La coppia, in assenza di alternative praticabili per creare una famiglia, conclude un contratto di surrogazione con un centro specializzato in Ucraina. Il Tribunale di Cremona emette quindi una sentenza di condanna per alterazione di stato, dal momento che nell'atto di nascita i due genitori committenti sono indicati come genitori biologici. Inoltre, a causa del fatto che nella pratica di surrogazione è stata violata la legislazione ucraina – che richiede l'utilizzo di un ovocita di una donatrice e non della madre portante, oltre alla presenza di almeno il 50% del patrimonio genetico della coppia committente – il contratto di surrogazione è nullo anche per l'ordinamento ucraino: ne consegue anche l'impossibilità di trascrivere l'atto in Italia e l'illiceità della denuncia di filiazione. Dopo l'accertamento penale, il Tribunale dei minori provvede a dichiarare lo stato di adottabilità del minore, a nominare un tutore e a collocare il bambino presso un'altra famiglia. Dopo l'impugnazione di tale atto e la pronuncia conforme della Corte d'appello, si giunge al giudizio di legittimità. La Cassazione, con la sent. 24001/2014, chiarisce che la nozione di ordine pubblico internazionale «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili»⁷⁰. La Corte tiene fermi il principio di cui all'art. 269 c. 3 c.c.⁷¹, in base al quale è madre colei che partorisce, e il principio di cui all'art. 12 c. 6 della L. 40/2004, concernente il divieto di maternità surrogata,

⁷⁰ Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 16 settembre 2014, n. 24001, reperibile in <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-di-Cassazione-sez.-I-civ.-sent.-24001-14-maternita-surrogata>, punto 3.1.

⁷¹ V. APPENDICE NORMATIVA.

riconfermato dalla Corte costituzionale con la sent. 162/2014, che dichiara l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa previsto ex art. 4 c. 3 della L. 40/2004⁷². Da questi principi la Corte deduce che «il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali»⁷³. I beni giuridici fondamentali tutelati dalla norma penale che la corte rinviene sono la tutela della dignità della madre gestante e la tutela dell'adozione, in quanto unico strumento di genitorialità non biologica ammesso dall'ordinamento. Va anche sottolineato che la Cassazione si mostra consapevole della presenza di posizioni di apertura in dottrina e in giurisprudenza, pur specificando che non riguardano in genere casi di surrogazione eterologa, in cui cioè la madre gestante non ha un rapporto genetico con il figlio come nel caso in esame. Emerge poi il riferimento alle sentenze gemelle della Corte EDU del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia e Labassee c. Francia*, in cui si afferma il diritto del bambino nato da maternità surrogata a ottenere il riconoscimento della coppia committente. La Cassazione però sottolinea l'«ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della maternità surrogata»⁷⁴ che la Corte EDU ha riconosciuto per la delicatezza etica dell'argomento. Per la corte europea, il «superamento» del margine di discrezionalità è possibile soltanto nel caso di difetto di riconoscimento giuridico del rapporto tra il figlio e il padre committente che sia anche padre biologico: il mancato riconoscimento di quest'unico rapporto comporta la violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo⁷⁵, che tutela il diritto alla vita privata e familiare. La cassazione tuttavia sottolinea che il legame biologico tra il padre committente e il bambino nato da surrogazione qui non sussiste: la

⁷² In particolare, la Corte costituzionale aveva chiarito che la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 c. 3 della L. 40/2004 non riguardava l'art. 12 c. 6, affermando che tale disposizione non era «in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia» (C. Cost., sent. 162/2014, punto 9 del cons. in dir., in G.U. 1° s.s. – Corte costituzionale n. 26 del 18-6-2014). V. APPENDICE NORMATIVA.

⁷³ C. Cass., sent. 24001/2014, punto 3.1.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ V. APPENDICE NORMATIVA.

fattispecie rientra nel margine di discrezionalità che la stessa Corte EDU ha riconosciuto in capo agli Stati, e dunque la corte rigetta il ricorso della coppia.

All'interno della giurisprudenza penale, è di rilievo la sentenza dell'8 ottobre 2014 del Tribunale di Varese, che recepisce le sentenze della Corte EDU dello stesso anno. Il caso riguarda una coppia italiana recatasi in Ucraina, che chiede all'Ambasciata italiana di Kiev l'annotazione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita che riconosceva la genitorialità della coppia di due neonati partoriti *in loco*. Sollecitata a chiarire le ragioni del parto all'estero, la donna risponde che i costi della conservazione delle cellule staminali ricavate dal cordone ombelicale hanno minori costi in Ucraina. Tuttavia, non è mai emerso alcun accertamento dello stato di gravidanza della donna nei mesi precedenti, e le risultanze del successivo esame del DNA confermano che i due bambini sono figli biologici del padre ma non della madre. Il giudice tuttavia chiarisce che l'illegittimità dell'atto di nascita è incerta, perché mancano dati inequivocabili per desumere la violazione della *lex loci*. Gli imputati, infatti, non avrebbero potuto indicare come madre la madre gestante o la donatrice di gameti, perché ciò sarebbe stato in contrasto con la legge ucraina. Se è chiaro che la formazione dell'atto di nascita è soggetta alla legislazione del luogo in cui esso è avvenuto, di contro la preventiva attestazione della qualità di genitore ai fini dell'inserimento nei registri dello stato civile italiano ricade sotto la normativa italiana⁷⁶, che non consente alla donna di comparire come madre dei due bambini. Avvisati della responsabilità penale in caso di accertata incompatibilità genetica con i figli, i coniugi rimangono saldi nel loro proposito e dichiarano il falso nell'atto destinato all'ufficiale di stato civile del comune di residenza. Nella decisione, il giudice chiarisce che il falso non si consuma nel momento della formazione dell'atto, ma nel momento successivo del procedimento amministrativo per l'assegnazione dello *status* di genitore in conformità all'ordinamento italiano, quando cioè i coniugi hanno occultato il ricorso alla maternità surrogata, simulando la maternità biologica della donna. Il giudice

⁷⁶ Il criterio di collegamento per quanto riguarda l'accertamento del rapporto di filiazione è la legge nazionale del neonato, in questo caso, quindi, la legge italiana.

esclude la configurazione dell'alterazione di stato *ex art. 567 c. 2 c.p.*⁷⁷ perché l'atto contestato è stato formato all'estero nel rispetto della *lex loci*, e afferma che lo Stato deve – alla luce della giurisprudenza CEDU *Mennesson e Labassee* – riconoscere il rapporto di genitorialità formatosi all'estero anche se derivante da surrogazione di maternità. Rimane ferma la configurazione del reato di falsa attestazione *ex art. 495 c. 2 n. 1 c.p.*⁷⁸, rispetto alla quale il tribunale afferma che «occorre, tuttavia, prendere atto che nel frattempo sono intervenute alcune pronunce della Corte europea dei diritti umani che hanno sostanzialmente inciso sulle modalità di attribuzione dello *status* di genitore alterando il paradigma normativo finora conosciuto»⁷⁹. Pertanto, continua il Tribunale, è certamente «precluso allo Stato attribuire ai nati a seguito del ricorso a tecniche di maternità surrogata con fecondazione eterologa (donazione di gameti) uno *status* giuridico imperfetto lesivo del loro preminente interesse tanto più in presenza di un genitore biologico appartenente alla coppia (così si esprimono letteralmente le pronunce gemelle)»⁸⁰. Questa decisione è particolarmente significativa poiché anticipa alcune delle posizioni successivamente affermate dalla Corte EDU nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, che ha visto la condanna in primo grado dell'Italia: il giudice varesino interpreta estensivamente il principio di diritto espresso dalla corte di Strasburgo, affermando l'esistenza in capo agli Stati di «un obbligo più generale volto a garantire la definizione di uno statuto legale stabile per la prole generata in tali forme»⁸¹. Perciò assolve gli imputati, motivando che il fatto non costituisce reato a seguito delle sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* della Corte EDU.

Di particolare interesse è poi il caso dei coniugi Paradiso e Campanelli, che ha conosciuto il fallimento di otto tentativi di procreazione medicalmente assistita e lunghe attese per l'adozione, finché entrambi, giunti all'età rispettivamente di 48 e 60 anni, scelgono di intraprendere l'unica alternativa rimasta: rivolgersi ad una società

⁷⁷ V. APPENDICE NORMATIVA.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Tribunale di Varese, sent. 8 ottobre 2014, reperibile in https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org/upload/1418428487Trib._Varese_8_ottobre_2014.pdf.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

specializzata in surrogazione di maternità a Mosca, pagando 49 mila euro. La legislazione russa prevede l'unica via del contratto con una madre surrogata che sia priva di ogni legame biologico con il bambino. Nato quest'ultimo e dopo l'accertamento della rinuncia al riconoscimento da parte della madre portante, la genitorialità viene riconosciuta in capo ai coniugi Paradiso e Campanelli. Rientrati in Italia, dopo la richiesta di registrare il certificato di nascita, viene inviata una nota da parte del Consolato d'Italia a Mosca al Tribunale per i minori di Campobasso e ad altre autorità, con la comunicazione che alcuni dati riportati nel certificato sono falsi. Successivamente, i coniugi sono sottoposti a procedimento penale per i reati di alterazione di stato civile (art. 567 c.p.), falso (artt. 489 e 479 c.p.) e introduzione di minore nel territorio italiano in violazione della L. 184/1983 sull'adozione (art. 72 della L. 184/1983)⁸². Quando, in occasione del test del DNA richiesto dal Ministero dell'Interno all'ufficio dello stato civile del comune di residenza, emerge che Campanelli non è il padre biologico del bambino, il Tribunale dei minori di Campobasso chiede l'allontanamento del minore, emette la dichiarazione di stato di abbandono e di adottabilità, e infine nomina un tutore. La sentenza della Corte d'appello di Campobasso pronunciata il 3 aprile 2013 nega la trascrizione per contrarietà all'ordine pubblico, ritenendo l'atto di nascita – in assenza di qualsiasi legame biologico con il bambino – un falso ideologico. Ne consegue l'emissione di un certificato di nascita nuovo per il bambino, il quale non è più suscettibile di essere affidato o adottato dai coniugi, e viene collocato e poi adottato da una nuova famiglia. Il ricorso alla Corte EDU da parte dei coniugi si conclude con la sentenza del 25 gennaio 2015, con cui la corte supera il suo precedente orientamento e giunge ad affermare il dovere in capo agli stati di riconoscere la genitorialità anche in assenza di legame genetico, verificando l'esistenza di un'effettiva vita familiare⁸³. La corte premette che i ricorrenti Paradiso e Campanelli hanno accudito il bambino per circa 9 mesi, di cui 6 in Italia, comportandosi come genitori e deduce così l'esistenza nei fatti della vita familiare: accerta pertanto la violazione dell'art. 8 CEDU. Sottolineando la buona fede della coppia e l'errore della clinica russa nel mancato utilizzo

⁸² V. APPENDICE NORMATIVA.

⁸³ F. ANGELINI, *op. cit.*, 203.

del seme del padre intenzionale, la corte ritiene che il riconoscimento negato dai giudici italiani sia una decisione sproporzionata rispetto all'«interesse superiore»⁸⁴ del bambino. Infatti, «l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del bambino incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico o di altro tipo»⁸⁵. La corte non manca di ribadire che le autorità italiane hanno lasciato per quasi due anni – dal provvedimento del tribunale per i minori dell'ottobre 2011 fino all'emanazione di un nuovo atto di nascita con un'identità convenzionale con decisione dell'aprile 2013 – un bambino senza identità. Accogliendo parzialmente il ricorso, la Corte EDU riconosceva la violazione dell'art. 8 CEDU e condannava l'Italia al risarcimento dei danni morali per i coniugi Paradiso e Campanelli. In grado d'appello, dopo l'impugnazione *ex art.* 43 CEDU⁸⁶ da parte dell'Italia, la Grande Camera ha emesso la pronuncia del 24 gennaio 2017 con cui ribalta la decisione di primo grado. La corte rivaluta l'assenza del legame biologico con la coppia intenzionale e considera troppo breve la durata dell'accudimento del bambino per realizzare un'effettiva vita familiare. Come è stato notato, se la Corte EDU avesse riconfermato la decisione del 2015, si sarebbe di fatto vanificata la legislazione italiana in materia di adozione⁸⁷. La corte, tuttavia, afferma l'applicabilità dell'art. 8 CEDU per quanto riguarda la vita privata dei ricorrenti, poiché le misure adottate hanno avuto un'ingerenza che, ai sensi della norma richiamata, è giustificabile solo se prevista dalla legge, non persegua uno o più scopi legittimi tra quelli indicati, e non sia necessaria in una società democratica per raggiungere tali scopi. Nel ritenere verificate tutte queste tre cause di giustificazione, la Grande Camera dichiara che non vi è stata violazione dell'art. 8 CEDU⁸⁸.

La Corte d'appello di Milano, con ordinanza n. 273 del 25 luglio 2016, propone una questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 263 c.c., adducendo la contrarietà

⁸⁴ Corte EDU, sentenza del 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, reperibile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU1126686#, § 75.

⁸⁵ Ibidem, § 80.

⁸⁶ V. APPENDICE NORMATIVA.

⁸⁷ F. ANGELINI, *op. cit.*, 208.

⁸⁸ Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 24 gennaio 2017, reperibile in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU1316395.

agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 c. 1 Cost. (quest'ultimo con riferimento alla violazione dell'art. 8 CEDU)⁸⁹. In questa ordinanza, la corte ravvisa una sproporzione nell'assolutezza del divieto di maternità surrogata ove non distingue tra surrogazioni di tipo commerciale, che nuocciono alla dignità umana della madre, da quelle di tipo altruistico, in cui è assente l'offesa alla dignità. L'art. 12 c. 6 è ritenuto «in formale contrasto con gli articoli 2, 3 e 31 della Costituzione, norme nelle quali la Corte costituzionale ha radicato la fondamentale, generale e incoercibile libertà di autodeterminarsi nella sfera più intima e intangibile della persona umana»⁹⁰ poiché impedisce alla coppia incapace di portare a termine la gravidanza la possibilità di procreare e, così, di avere una famiglia. Infine, la corte milanese ritiene il divieto in contrasto con il principio di uguaglianza poiché finisce per consentire di recarsi all'estero alle sole persone sufficientemente abbienti. Non manca la considerazione della potenzialità lesiva della surrogazione commerciale rispetto alla dignità umana, «intesa – prima ancora che come diritto fondamentale – come principio che permea l'intero patto costituzionale fondato sulla centralità dell'essere umano, considerato [...] sempre fine e mai mezzo»⁹¹. Il giudice pone a fondamento della questione anche l'assenza di dati scientifici sul pregiudizio psicofisico derivante dall'allontanamento forzoso dalla madre gestante, in particolare citando lo studio del *Centre for Family Research* dell'Università di Cambridge: emerge che i bambini nati mediante tale pratica «non evidenziano differenze nello sviluppo emotivo, sociale e cognitivo rispetto a quelli nati da concepimento naturale o da ovodonazione»⁹². Tutte le valutazioni pregresse conducono a valutare «come non manifestamente infondato il prospettato dubbio di incostituzionalità»⁹³, benché la norma penale non sia rilevante nel caso concreto. Il fatto ha ad oggetto un contratto di surrogazione commerciale realizzato in India, e la corte chiarisce che tale pratica «si è svolta al di fuori di una pratica di relazione, nel contesto di un mercato notoriamente all'epoca deregolato» in una situazione in cui «non è dato intravedere una condizione di soggettività e libertà della

⁸⁹ V. APPENDICE NORMATIVA.

⁹⁰ Corte d'appello di Milano, ord. n. 273 del 25 luglio 2016, punto 8.2, in *GenIUS*, 2/2017, 150 ss.

⁹¹ *Ibidem*, punto 11.

⁹² *Ibidem*, punto 10.2.

⁹³ *Ibidem*, punto 13.

donna»⁹⁴. Perciò la corte sposta la questione sull'art. 263 c.c. e sollecita una pronuncia di incostituzionalità di tipo manipolativo-additivo. La Corte costituzionale pronuncia quindi la sentenza n. 272/2017, con cui rigetta l'ordinanza. Notando l'eterogeneità degli approcci giurisprudenziali, anche alla luce delle decisioni della Corte EDU, la Corte costituzionale delinea dei criteri interpretativi. In primo luogo, la corte chiarisce che la stella polare deve essere la prevalenza dell'interesse del minore. Tuttavia, se l'interesse alla verità ha natura pubblica nel senso che riguarda «pratiche vietate dalla legge, quale la maternità surrogata che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁹⁵, allora la natura pubblica richiede «di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità»⁹⁶. Infatti, continua la corte, è necessario un bilanciamento tra l'interesse pubblico alla verità dello stato di figlio (*favor veritatis*) e l'interesse del minore (*favor minoris*), senza che nessuno dei due diventi un interesse «tiranno» sull'altro: «[s]e dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro»⁹⁷. La corte fornisce dei parametri che il giudice deve attuare nel bilanciamento tra gli interessi: la durata del rapporto di genitorialità e la condizione identitaria acquisita dal minore, la modalità del concepimento e della gestazione, e l'esistenza di altri strumenti giuridici, come ad esempio l'adozione in casi particolari *ex art. 44 c. 1 lett. d) della L. 184/1983*, che garantiscano al minore «una adeguata tutela»⁹⁸. A questo proposito, si è notato che l'identità personale che attiene alla discendenza biologica dell'individuo ha anche un rovescio della medaglia: l'immagine che il minore ha introiettato in sé come figlio di chi si è preso cura di lui nel tempo, dando luogo a una vita familiare. Emerge la necessità di avere riguardo per un verso all'accertamento delle origini biologiche, e per altro verso alla continuità affettiva e relazionale che ha

⁹⁴ Ibidem, punto 13.1.

⁹⁵ C. cost., sent. 272/2017, punto 4.2 del cons. in dir., in G.U. 1° s.s. – Corte Costituzionale. n. 51 del 20-12-2017.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ C. cost., sent. 272/2017, punto 4.3 del cons. in dir.

⁹⁸ F. ANGELINI, *op. cit.*, 225. V. APPENDICE NORMATIVA.

caratterizzato l'identità dell'individuo sia all'interno della famiglia sia nel contesto sociale⁹⁹. La corte, infine, ribadisce la necessaria «considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»¹⁰⁰. È stato sottolineato che la corte, con questa decisione, sembra contrapporre il valore della relazione materna – derivato dal principio di verità di parto *ex art. 269 c.c.*¹⁰¹ – al «disvalore» della surrogazione¹⁰².

Punto di approdo, con riferimento al riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali stranieri, è la sentenza a Sezioni Unite n. 12193 dell'8 maggio 2019, con cui la Corte di cassazione nega il riconoscimento di un atto canadese che attribuiva la genitorialità al genitore intenzionale-non biologico. In questo caso, l'istanza di riconoscimento riguarda un provvedimento emesso dalla Superior Court of Justice dell'Ontario che attribuisce la genitorialità a una coppia omosessuale in cui uno dei due genitori intenzionali non ha legami biologici con i due minori, nati dai gameti dell'altro membro della coppia e di una donatrice, grazie alla gestazione di una donna avvenuta sulla base di un accordo lecito per l'ordinamento del Canada. Nel confermare l'orientamento della sent. 24001/2014 citata sopra, le Sezioni Unite qualificano il divieto della L. 40 come limite di ordine pubblico, posto a tutela di due valori fondamentali: la dignità umana della madre gestante e l'istituto dell'adozione, che costituisce l'unico mezzo previsto dall'ordinamento italiano a garantire il rapporto di filiazione in assenza di legame biologico. Infatti, «la compatibilità con l'ordine pubblico [...] dev'essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza

⁹⁹ G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore* (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, 13.

¹⁰⁰ C. cost., sent. 272/2017, punto 4.3 del cons. in dir.

¹⁰¹ V. APPENDICE NORMATIVA.

¹⁰² F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore: la Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 168.

costituzionale e ordinaria»¹⁰³. I ricorrenti richiamano la sent. 19599 del 2016, in cui veniva ammessa la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino e la genitorialità veniva riconosciuta a due donne che avevano entrambe un rapporto biologico con il minore: l'una come donatrice del gamete e l'altra come gestante. Le due fattispecie, nota la corte, hanno in comune il fatto che il progetto genitoriale riguarda una coppia omosessuale, con l'apporto genetico di uno solo dei partner. Tuttavia, la sentenza del 2016 riguardava un caso di fecondazione eterologa, non riconducibile alla surrogazione di maternità, come nel caso di specie: rientrando quest'ultimo caso nella fattispecie già decisa nel 2014, la richiesta di trascrizione viene respinta¹⁰⁴.

L'ultimo tassello degno di rilievo della giurisprudenza della Corte EDU è costituito dall'*advisory opinion* del 10 aprile 2019. In essa la Corte, su impulso della Corte di cassazione francese, indica che il diritto interno deve rendere possibile il riconoscimento del legame di filiazione fra il bambino nato all'estero da GPA e il genitore intenzionale non biologico¹⁰⁵. In seguito a questo parere della Corte EDU, la I sezione civile della Corte di Cassazione ha dinanzi a sé il caso di due cittadini italiani sposati in Canada, il cui matrimonio è stato trascritto in Italia come unione civile, i quali risultano genitori, a seguito di una sentenza della Suprema Corte della British Columbia, di un minore nato da GPA. La Corte d'appello di Venezia ha riconosciuto la sentenza canadese, e la decisione viene impugnata dal Ministero dell'Interno e dal Sindaco di Verona. La cassazione emana così un'ordinanza interlocutoria che pone una nuova questione di legittimità costituzionale, così definita: «la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, degli artt. 18 del d.p.r. n. 396/2000, e 64, comma 1, lett. g), l. n. 218/95¹⁰⁶ nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per

¹⁰³ C. Cass. SS. UU. 12193/2019, punto 12.3, reperibile in <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-di-Cassazione-Sezioni-Unite-Civili-sent.-n.-12193-2019-maternita-surrogata-negata-la-trascrizione-alla-sentenza-straniera-che-riconosce-la-doppia-paternita>.

¹⁰⁴ Ibidem, punto 13.

¹⁰⁵ O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 21 ss.

¹⁰⁶ V. APPENDICE NORMATIVA.

contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del cd. Genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31 e 117, comma 1 della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 8 della Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali, 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori [...] e dell'art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea»¹⁰⁷. La corte spiega che, come indicato dalla Corte EDU, il riconoscimento è necessario ma si può realizzare con metodi diversi dalla trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giudiziario straniero, a condizione che venga garantita «l'effettività del riconoscimento» e che il minore non sia esposto «a una protratta situazione di incertezza giuridica»¹⁰⁸. Lo strumento dell'adozione in casi particolari, che la giurisprudenza ha nel frattempo individuato come rimedio, «non risulta affatto idoneo a garantire quella effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis*»¹⁰⁹ che la Corte di Strasburgo ha richiesto. La Cassazione compie anche una critica della decisione a sezioni unite n. 12193/2019, in cui il divieto di surrogazione di maternità era definito come principio di ordine pubblico internazionale, specificando che «la tutela dell'interesse superiore del minore – anche sotto il profilo della sua identità personale, familiare e sociale – e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano»¹¹⁰. Di conseguenza, se la tutela del minore è comunque prioritaria perché costituisce il precipitato dei principi costituzionali, allora «un bilanciamento fra i diritti inviolabili del minore e l'interesse

¹⁰⁷ Corte cass., I sez. civ., ord. 8325 del 29 aprile 2020, reperibile in <https://www.biodiritto.org/Biolawpedia/Giurisprudenza/Corte-di-Cassazione-Prima-Sezione-Civile-Ordinanza-n.-8325-2020-questione-di-legittimita-costituzionale-in-relazione-all-impossibilita-di-riconoscimento-del-legame-di-filiazione-tra-genitore-di-intenzione-e-minore-a-seguito-di-GPA>. V. APPENDICE NORMATIVA.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem.

dello Stato a impedire una forma di procreazione che ritiene lesiva della dignità della donna appare del tutto improprio»¹¹¹ Questo bilanciamento fallace ha l'esito di riverberarsi sulle condizioni del soggetto che non ha scelto la modalità né del suo concepimento né della sua nascita, cioè il minore¹¹². La Corte costituzionale, con sentenza n. 33/2021, si è pronunciata con sentenza di inammissibilità e con un invito al legislatore ad intervenire a garantire una procedura di adozione conforme ai principi costituzionali e internazionali. Pur sottolineando la simmetria tra l'ordinamento nazionale e quelli sovranazionali rispetto alla priorità della tutela degli interessi del minore, la corte sottolinea che anch'essi «dovranno essere [...] bilanciati»¹¹³. L'ordinamento nazionale deve garantire «la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il “genitore d'intenzione”»¹¹⁴ ma ciò non determina l'automatica prevalenza sugli altri interessi in gioco. La corte nota che anche la giurisprudenza della Corte EDU ha garantito il margine di apprezzamento agli Stati «allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato può ben considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne»¹¹⁵. Quando giunge a valutare le soluzioni adottate dal diritto vivente, la Corte opera un *distinguo*: da un lato è conforme ai parametri costituzionali l'esclusione della «trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e *a fortiori* dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il “padre d'intenzione”»¹¹⁶, mentre dall'altro lato lo strumento dell'adozione in casi particolari è insufficiente a tutelare i diritti del bambino nato all'estero da GPA, in quanto «non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali rammentati»¹¹⁷. Così, il giudice delle leggi offre una «terza via»¹¹⁸ data dal punto di equilibrio tra la giurisprudenza della Corte EDU e i principi della

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, 114.

¹¹³ C. cost., 33/2021, punto 5.5 del cons. in dir., in G.U. 1° s.s. – Corte Costituzionale n. 10 del 10-3-2021.

¹¹⁴ Ibidem, punto 5.6 del cons. in dir.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem, punto 5.7 del cons. in dir.

¹¹⁷ Ibidem, punto 5.8 del cons. in dir.

¹¹⁸ G. BARCELLONA, *op. cit.*, 116.

Costituzione italiana, che consta di «un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»¹¹⁹. Questa correzione che la corte opera ha anche la finalità di eliminare in radice il rischio di «strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata»¹²⁰. Nell'ordinanza di rimessione, la Cassazione faceva riferimento alla precedente giurisprudenza della Corte costituzionale e in particolare alla sent. 494/2002, che dichiarava l'illegittimità costituzionale degli artt. 251 c. 1 c.c. e 278 c.1 c.c. motivando che le sanzioni non possono travolgere anche «soggetti totalmente privi di responsabilità – come sono i figli di genitori incestuosi, meri portatori delle conseguenze del comportamento dei loro genitori e designati dalla sorte a essere involontariamente, con la loro stessa esistenza, segni di contraddizione dell'ordine familiare»¹²¹. In quella stessa decisione, la Corte costituzionale aveva istituito la «radicale separazione fra la sfera giuridica del genitore e quella del bambino, e dunque l'assoluta *non bilanciabilità* dei diritti di quest'ultimo con l'interesse della comunità statale a punire la condotta di chi ne ha violato le regole, anche quando queste fossero, come nel caso del divieto di incesto o di quello di surrogazione, assistite da una sanzione di natura penale»¹²². Va qui notato che la cornice sanzionatoria della fattispecie di incesto *ex art.* 564 c.p. si attesta, nel caso di relazione incestuosa previsto al comma 2, tra 2 e 8 anni di reclusione: una sanzione più grave di quella prevista dall'art. 12 c. 6 della L. 40/2004 (da 3 mesi a 2 anni di reclusione e la multa da 600.000 euro a un milione di euro)¹²³. Anche nella stessa L. 40, inoltre, si rinvencono tutele per lo *status* del bambino nato da una pratica vietata quale la fecondazione eterologa (divieto poi espunto dall'intervento della Corte costituzionale con sent. 162/2014): l'art. 9 di tale legge esclude che lo *status filiationis* del bambino nato da fecondazione eterologa possa essere oggetto delle azioni

¹¹⁹ C. cost., sent. 33/2021, punto 5.7 del cons. in dir.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ C. cost., sent. 494/2002, punto 6.1 del cons. in dir., G.U. 1° s.s. – Corte Costituzionale n. 48 del 4-12-2002.

¹²² G. BARCELLONA, *op. cit.*, 118-119.

¹²³ v. APPENDICE NORMATIVA.

previste *ex artt.* 235 c. 1 nn. 1 e 2 c.c. e 265 c.c. da parte del genitore non biologico che abbia prestato il consenso alla pratica¹²⁴. Si è notato che il punto di equilibrio previsto dalla corte finisce con l'ammettere, in un caso soltanto in tutto l'ordinamento, che «delle colpe dei padri siano chiamati a rispondere i figli»¹²⁵. Infatti, per i soli bambini nati da maternità surrogata si prevede un percorso autonomo, distinto anche da tutti gli altri nati da pratiche illecite, senza che questo sia derivato da un fondamento normativo. Il «*discrimen* [...] presenta [...] un forte valore simbolico: esso testimonia la volontà di segnare questi figli, di additarne la diversità perché la loro nascita offende in modo intollerabile la comunità di cui desiderano far parte»¹²⁶ e così, viene posto sui bambini nati da surrogazione il «simbolo indelebile delle colpe dei loro padri»¹²⁷. La corte ha comunque lasciato aperto il cammino per il legislatore e ha soltanto fatto intendere l'eventualità di un intervento più incisivo in caso di inerzia¹²⁸. A questo proposito vanno sottolineati due rilievi critici. In primo luogo, il bilanciamento tra gli interessi dovrebbe avvenire alla luce del tipo di surrogazione realizzata nel caso concreto, ma questo profilo non è rientrato nella pronuncia della corte. In secondo luogo, la qualificazione di diritto fondamentale all'interesse del minore al riconoscimento avrebbe dovuto condurre a una valutazione restrittiva sull'interesse pubblico alla repressione dell'illecito, poiché quest'ultimo interesse non ha imposto il minor sacrificio possibile ai diritti del bambino. Di conseguenza, la corte avrebbe potuto concludere riconoscendo «la contrarietà a Costituzione di quelle disposizioni che non prevedono un valido strumento alternativo alla trascrizione dell'atto straniero a garanzia del minore»¹²⁹. Nell'assenza di intervento legislativo, è stata suggerita la configurazione di una responsabilità dello Stato per mancata attuazione del diritto costituzionale enunciato dalla corte e la conseguente istituzione di una «tutela risarcitoria per equivalente monetario»¹³⁰.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ G. BARCELLONA, *op. cit.*, 119.

¹²⁶ Ibidem, 120.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *federalismi.it*, 22/2021, 195.

¹²⁹ Ibidem, 196.

¹³⁰ Ibidem, 196-197.

Da ultimo, la Corte costituzionale è nuovamente intervenuta sulla materia dell'adozione in casi particolari pronunciandosi con la sent. 79/2022. Il Tribunale per i minorenni di Bologna solleva una questione di legittimità costituzionale quando riceve, dal genitore di intenzione non biologico, l'istanza di adozione (*ex art. 44 c. 1 lett. d) della L. 184/1983*) della minore figlia biologica del partner unito civilmente, oltre al riconoscimento dei rapporti civili della minore con i propri parenti. Il tribunale ritiene conforme la richiesta di adozione richiamando la giurisprudenza della Corte di cassazione, tuttavia ritiene di non poter riconoscere i rapporti civili della minore con i parenti del ricorrente, a causa del rinvio operato dall'art. 55 della L. 184/1983 all'art. 300 c. 2 c.c.¹³¹ In questa decisione, la Corte costituzionale ricostruisce la *ratio* dell'istituto dell'adozione in casi particolari. In origine, l'istituto aveva lo scopo duplice di «valorizzare l'effettività di un rapporto instauratosi con il minore» e di risolvere i casi di «difficoltà o [...] impossibilità per taluni minori di accedere all'adozione piena»¹³². L'evoluzione sul piano del diritto vivente ha però aperto due nuovi «itinerari normativi», estendendo il concetto normativo di «impossibilità» ai casi di impossibilità giuridica: il primo è la c.d. *adozione aperta o mite* – per i casi di c.d. «semi-abbandono permanente» – mentre il secondo è il caso dei minori che hanno una relazione affettiva con il partner del genitore biologico, se il primo è giuridicamente impossibilitato all'adozione¹³³. In questa seconda interpretazione sono ricomprese anche le fattispecie di PMA all'estero e di surrogazione di maternità, rispetto alle quali la corte «ha inteso escludere che il «desiderio di genitorialità», attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita «lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati», possa legittimare un presunto «diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell'an e del quando, ma anche del quomodo» (sentenza n. 221 del 2019). Inoltre, questa Corte ha, in particolare, ribadito le ragioni del divieto di surrogazione di maternità, che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenza n. 33 del 2021), assecondando un'inaccettabile mercificazione del

¹³¹ V. APPENDICE NORMATIVA.

¹³² C. cost., sent. 79/2022, punto 5.1, in G.U. 1° s.s. – Corte Costituzionale n. 13 del 30-3-2022.

¹³³ Ibidem, punto 5.2.1 e 5.2.2.

corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale (in senso analogo, ancora, sentenza n. 33 del 2021)»¹³⁴. La norma sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, tuttavia, «lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità»¹³⁵. La corte, pertanto, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della L. 184/1983 «nella parte in cui [...] prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante»¹³⁶ per violazione degli artt. 3, 31 c. 2, e 117 c. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU.

In conclusione, la giurisprudenza più recente ha ritenuto la GPA in contrasto con l'ordine pubblico internazionale – con ciò precludendo la trascrizione degli atti di nascita stranieri che riconoscono la genitorialità degli *intended parents* in assenza di legame biologico – e ha affermato che l'adozione in casi speciali rappresenta uno strumento efficace per la protezione del legame familiare tra figli nati dalla GPA e genitori intenzionali, mantenendo fermo il disvalore assoluto della pratica di surrogazione¹³⁷.

2.3 L'approvazione della L. 169/2024: la maternità surrogata come reato “universale”

Nella XVIII Legislatura sono state presentate due proposte di legge: la proposta di legge C. 306 a firma *Meloni e altri* nel 2018¹³⁸ e la C. 2599 a firma *Carfagna e altri* del 2020¹³⁹. La discussione, tuttavia, è rimasta in esame alla II Commissione Giustizia della Camera dei Deputati fino al termine della Legislatura.

¹³⁴ Ibidem, punto 5.2.3.

¹³⁵ Ibidem, punto 8.2.

¹³⁶ Ibidem, dispositivo.

¹³⁷ E. SAVARESE, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2025, 85-86.

¹³⁸ La proposta *Meloni e altri* inseriva di seguito all'art. 12 c. 6 della L. 40/2004 il seguente periodo: «Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero».

¹³⁹ La proposta *Carfagna e altri* inseriva, nello stesso punto, il periodo: «Il reato di surrogazione di maternità è perseguibile anche quando è commesso in territorio estero da un cittadino italiano».

Nel corso della XIX Legislatura, sono state presentate tre proposte di legge alla Camera dei Deputati e quattro al Senato della Repubblica. Le tre proposte della Camera erano una a firma *Candiani e altri* (A.C. 342), una a firma *Varchi e altri* (A.C. 887) e la terza a firma *Lupi e altri* (A.C. 1026). Il progetto Candiani (Lega) prevedeva l'introduzione di un comma 6-*bis*¹⁴⁰, con cui si estendeva la punibilità del reato previsto al comma 6 ai fatti commessi da un cittadino italiano all'estero con la motivazione del contrasto al traffico commerciale di bambini. Il progetto Varchi (Fratelli d'Italia) presentava la medesima formulazione dell'A.C. 306 della precedente legislatura a firma *Meloni e altri*, ed estendeva la punibilità sia del commercio di gameti ed embrioni sia della maternità surrogata ai fatti commessi all'estero, anche dal soggetto straniero¹⁴¹. La proposta Lupi (Noi Moderati) ampliava la punibilità soltanto per la surrogazione di maternità commessa dal cittadino italiano all'estero¹⁴². Il testo della proposta n. 887 fu poi oggetto di modifica in Commissione Giustizia¹⁴³: la commissione delimitò l'estensione della punibilità della condotta commessa all'estero soltanto dal cittadino italiano e non anche, come nella prima formulazione della proposta di legge, dal cittadino straniero. Nella discussione assembleare, venne approvato l'emendamento presentato dall'on. Montaruli (Fratelli d'Italia) che circoscriveva i fatti oggetto di estensione alla sola surrogazione di maternità¹⁴⁴. Il voto sul testo finale¹⁴⁵, che assorbiva le altre due

¹⁴⁰ La proposta *Candiani e altri* prevedeva l'art. 12 c. 6-*bis* così formulato: «Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini, è vietato accedere alla surrogazione di maternità all'estero. Al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6».

¹⁴¹ Servizio studi della Camera dei Deputati, *Documentazione per l'esame di Progetti di legge. Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero. A.A.C. 342 e 887, 76/2023, 3.*

¹⁴² La proposta *Lupi e altri* aggiungeva, nello stesso punto della proposta *Varchi e altri*, il periodo: «Le pene stabilite dal presente comma per la surrogazione di maternità si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano».

¹⁴³ L'integrazione fu sostituita con la seguente: «Se i fatti di cui al periodo precedente sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

¹⁴⁴ Il testo dell'emendamento dell'on. Montaruli era il seguente: «Al comma 1, dopo le parole: *periodo precedente*, aggiungere le seguenti: , con riferimento alla surrogazione di maternità,».

¹⁴⁵ Il testo finale approvato alla Camera è il seguente: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

proposte di legge, è stato approvato con 166 voti favorevoli, 109 contrari e 4 astenuti il 26 luglio 2026.

Il testo così licenziato dalla Camera è stato oggetto di discussione nel Senato della Repubblica, in cui oltre al testo approvato (A.S. 824) venivano presentati tre ulteriori disegni di legge. Il primo è l'A.S. 163 di iniziativa del sen. Gasparri (Forza Italia), che riscrive integralmente il comma 6 dell'art. 12 estendendo la punibilità sia del fatto di commercializzazione di gameti o di embrioni sia di surrogazione di maternità¹⁴⁶. La proposta prevedeva anche un obbligo per le autorità diplomatiche italiane: nel caso di nascita di figli di cittadini italiani all'estero, nel legalizzare i documenti di nascita o nel ricevere la dichiarazione di nascita, queste autorità erano tenute ad accertare se i figli fossero nati attraverso la pratica di maternità surrogata. Il secondo testo è l'A.S. 245 dei senatori Rauti e Malan (Fratelli d'Italia), che prevedeva l'applicazione sia per la commercializzazione di gameti o di embrioni sia per la surrogazione anche se il fatto è commesso all'estero¹⁴⁷. Il terzo testo (A.S. 475) presentato era di iniziativa del sen. Romeo (Lega) e presentava una fisionomia più complessa¹⁴⁸. Oltre a definire la maternità surrogata, individuava i principi e i fini dell'introduzione dell'art. 600-*quinquies*. l c.p. In particolare, la proposta intendeva contrastare la pratica della surrogazione e garantire la tutela dell'interesse prioritario del minore nel rispetto dei principi costituzionali di cui *ex* artt. 2, 3, 29, 30, 31, 32 Cost. nonché della sent. 272/2017 della Corte costituzionale. Richiamava poi varie risoluzioni del Parlamento europeo di condanna della maternità surrogata¹⁴⁹ e diverse convenzioni internazionali, tra cui la Convenzione sui diritti del

¹⁴⁶ La proposta *Gasparri* sostituiva il c. 6 come segue: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità, anche all'estero, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Nel caso di figli nati all'estero da cittadini italiani, le autorità diplomatico-consolari italiane e gli uffici di stato civile, nel procedere alla legalizzazione dei documenti di nascita o nel ricevere una dichiarazione di nascita, sono obbligati a richiedere se la nascita sia avvenuta mediante il ricorso alla pratica di cui al periodo precedente».

¹⁴⁷ Il disegno di legge *Rauti e Malan* aggiungeva il periodo: «Le stesse pene si applicano anche se il fatto è commesso all'estero».

¹⁴⁸ La proposta *Romeo e altri* presentava tre articoli. L'art. 1 definisce la maternità surrogata, l'art. 2 indica i principi e le finalità e l'art. 3 introduce il nuovo art. 600-*quinquies*. l rubricato *Surrogazione di maternità*.

¹⁴⁹ Va qui sottolineato che tra le risoluzioni richiamate è presente anche la risoluzione del 13 dicembre 2016, in cui, al par. 82, il Parlamento europeo «condanna qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali». La specificazione del carattere commerciale opportunamente inserita dal Parlamento

minore. Con l'introduzione dell'art. 600-*quinquies*.1, infine, introduceva il reato di *Surrogazione di maternità*: al c. 1 inaspriva la cornice edittale per la pena detentiva da quattro a dieci anni, e per la pena pecuniaria da 600.000 euro a 2 milioni di euro, per chiunque, in qualsiasi forma, commissiona, realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità. Richiamava poi altre disposizioni: al c. 2 l'art. 604 c.p. allo scopo di indicare la perseguibilità del fatto anche se commesso in tutto o in parte all'estero; al c. 3 l'invio della formulazione dell'imputazione ex art. 405 c.p.p. da parte del pubblico ministero al presidente del tribunale per i minorenni competente per la valutazione sull'adottabilità del bambino nato da maternità surrogata; al c. 4 l'applicazione dell'art. 567 c. 2 c.p. (alterazione di stato) al pubblico ufficiale che annoti nei registri dello stato civile il nato da maternità surrogata¹⁵⁰.

Il disegno di legge Varchi, a seguito della discussione assembleare, ha assorbito le altre tre proposte ed è stata approvata con 82 voti favorevoli, 64 contrari e 1 astenuto il 16 ottobre 2024, divenendo infine legge 4 novembre 2024, n. 169, il cui testo presenta un unico articolo: «Al comma 6 dell'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana”».

europeo è stata invece totalmente negletta dal legislatore italiano, che non distingue tra le varie tipologie di GPA.

¹⁵⁰ Servizio studi del Senato della Repubblica, *Dossier del Servizio Studi sugli AA.SS. nn. 824, 163, 245, 475. Disposizioni in materia di maternità surrogata*, 169/2023, 14-20.

CAPITOLO III

IL REATO “UNIVERSALE”

3.1 L'analisi della potestà punitiva

3.1.1 I limiti alla potestà punitiva nel pensiero filosofico-giuridico moderno e contemporaneo

Il venir meno dell'universalità del Sacro Romano Impero a partire dal XIV secolo porta con sé la frammentazione dei centri di potere: a questa prima rottura dell'ordine politico, va aggiunta quella dell'ordine religioso con l'avvento della Riforma protestante. In un'età moderna così caratterizzata, il pensiero giusnaturalista ha analizzato la potestà punitiva e ha individuato, nel corso del XVII e XVIII secolo, le caratteristiche essenziali all'attuazione del diritto naturale per il tramite della sanzione ai consociati. Queste concettualizzazioni rappresentano una visione del potere di punire fondata non su un approccio storicistico e realistico, ma piuttosto sulla definizione astratta vuoi del patto sociale vuoi delle connotazioni del diritto: nel fare ciò, alcuni autori affermano l'esistenza di un diritto comune a tutte le genti poiché derivato non da Dio, bensì dalla ragione. La progressiva laicizzazione del pensiero, in alcuni filosofi del pensiero illuminista a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, fa emergere una prospettiva nuova sulla potestà punitiva, e ha configurato il fondamentale distinguo tra il principio di territorialità e quello di universalità, qualificando alternativamente la cittadinanza – *rectius*, sudditanza – o la giurisdizione sul territorio in cui il fatto è commesso come i due elementi necessari per essere destinatari di una sanzione legittima da parte di uno Stato.

Con l'opera *De iure belli ac pacis* (1625), Ugo Grozio – che già nel corso del XVII secolo veniva considerato il padre del giusnaturalismo moderno – traccia una prima

demarcazione tra il diritto naturale e il diritto positivo. Nei *Prolegomena* alla sua opera, Grozio definisce il *ius gentium* come l'insieme delle norme giuridiche, non originate dalle singole entità statuali bensì dal mutuo consenso della comunità di essi, e quindi distinguendolo dal diritto naturale o divino¹⁵¹. Questa embrionale definizione del diritto delle genti consente di individuare, seppur in via soltanto germinale, una nozione di diritto internazionale che si costituisce a partire dalle posizioni comunemente assunte dagli Stati nella loro totalità e che deriva dalla razionalità degli uomini. Nella definizione del diritto delle genti, Grozio opera poi un'importante specificazione, chiarendo che l'impianto concettuale da lui formulato sarebbe comunque fondato anche se Dio non esistesse¹⁵². Ciò non va interpretato come la statuizione di un diritto naturale "laico" *sic et simpliciter*, ma conferma la portata universale della sua teoria e l'applicabilità generale del diritto delle genti¹⁵³.

Nel *Leviatano* (1651), Thomas Hobbes offre una delimitazione dell'uso pubblico della violenza, giacché i consociati si sono stretti in un patto con il fine di far cessare lo stato di guerra permanente (*bellum omniun contra omnes*): la pena per i crimini deve essere necessariamente pubblica, afflittiva, con previo accertamento della violazione di legge, con funzione preventiva, maggiore rispetto al vantaggio realizzato mediante la condotta, prevista dalla legge, non retroattiva¹⁵⁴. La nozione di crimine che Hobbes afferma nel *Leviatano*, riporta che «CRIMINE è un peccato consistente nel compiere (con fatti o con parole) ciò che la legge proibisce, o nell'omettere ciò che comanda. Cosicché ogni crimine è un peccato, ma non ogni peccato un crimine»¹⁵⁵. La portata dell'affermazione hobbesiana, che si occupa in astratto della questione della potestà punitiva senza valutare l'effettività in concreto delle norme, costituisce comunque un passo importante per delimitare l'area del penalmente rilevante. Nel tentativo di

¹⁵¹ U. GROZIO, *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace*, Zanichelli, 1961, § 17, 35-36.

¹⁵² Ibidem, § 11, 30: «*etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*».

¹⁵³ F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, CEDAM, 2009, 160.

¹⁵⁴ P. F. BRESCIANI, *La costituzionalizzazione del potere di punire: Critica della Costituzione penale*, Bologna University Press, 2026, 18.

¹⁵⁵ T. HOBBS, *Leviatano*, Laterza, 2000, 239-240.

identificare il diritto con il diritto positivo, permane comunque il concetto di legge naturale – ne è prova la derivazione naturale della potestà punitiva in capo al Sovrano – e ciò preclude la qualificazione di questa teoria come una teoria giuridica positivista¹⁵⁶. Benché Hobbes non si discosti appieno dal filone giusnaturalista, la sua teoria sembra individuare una limitazione soggettiva del precetto penale: se la pena serve a preservare il diritto, incarnato nel Sovrano, allora ne consegue che i soggetti vincolati sono soltanto quelli partecipi del *pactum unionis et subiectionis*, e non anche chi a quel patto non ha mai preso parte poiché suddito di un altro Sovrano. La prospettiva hobbesiana vale a giustificare la titolarità assoluta del potere sovrano in astratto e non entra in contraddizione in presenza di una pluralità di entità sovrane in concreto.

Il pensiero giusnaturalista del XVII secolo ha costruito le basi filosofiche per addivenire a un sistema di norme valido universalmente perché fondato sull'unico principio comune all'umanità, cioè la ragione, e ha messo in luce che il diritto positivo è legittimo soltanto quando pronunciato dal Sovrano sui suoi sudditi. Questa forma razionalistica del giusnaturalismo e della formulazione di un diritto comune agli Stati culmina nel pensiero di Immanuel Kant. L'apice della filosofia politica kantiana è la teorizzazione del diritto cosmopolitico nell'opera *Per la pace perpetua* (1795). Nella II parte, che riguarda gli «articoli definitivi», il filosofo esprime le forme idonee a garantire la pace secondo la «logica della totalità»¹⁵⁷: la costituzione repubblicana, la federazione, l'ospitalità universale. La libertà innata per Kant si individua come la «facoltà di non obbedire ad altre leggi tranne che a quelle a cui ho potuto dare il mio consenso»¹⁵⁸: questo passo esprime un'eco rousseauiana nell'opera kantiana, che rappresenta l'inalienabilità della libertà di fronte alla necessità della società contrattualistica, in cui cioè il cittadino è anche il legislatore. La libertà di ogni singolo trova l'unica legittima contrazione nella legge approvata solo per via di un consenso mutuo e collettivo, pur contrastando ogni deriva di stampo democratico. L'afflato universalistico di Kant riguarda per un verso gli

¹⁵⁶ N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Morano, 1965, 30 s.

¹⁵⁷ I. KANT, *Per la pace perpetua, Introduzione*, BUR, 2003, 96.

¹⁵⁸ *Ibidem*, 95.

individui, dal momento che «[i]l più grande problema per la specie umana, alla cui soluzione la natura lo costringe, è il raggiungimento di una società civile che amministri universalmente il diritto»¹⁵⁹, e dall'altro gli Stati. Gli Stati anch'essi si trovano in una condizione di stato di natura, da cui devono uscire per approdare allo stato della società civile. L'esito di questa considerazione è la creazione di un diritto cosmopolitico¹⁶⁰ in cui tutti i popoli sono uniti alla luce di leggi universali¹⁶¹.

Il pensiero di Cesare Beccaria è contestualizzato nell'ambito della rivista *Il caffè* dei fratelli Verri, in cui si rigetta il modello universale e assoluto del giusnaturalismo razionalista, abbracciando invece una dimensione relativista che parte dalle analisi di Montesquieu e di Voltaire¹⁶². Nel *Dei delitti e delle pene* (1764), lo stesso Beccaria scrive che «[c]hiunque leggerà con occhio filosofico i codici delle nazioni e i loro annali, troverà quasi sempre i nomi di *vizio* e di *virtù*, di *buon cittadino* o di *reo*, cangiarsi colle rivoluzioni dei secoli [...] sempre conformi all'interesse comune, ma in ragione delle passioni e degli errori che successivamente agitarono i differenti legislatori»¹⁶³. Questa prospettiva di relativismo giuridico comporta la constatazione storica delle alterne vicende della legge penale e delle necessità di repressione, individuando la preminenza degli interessi contingenti sul piano politico, nell'impossibilità di definire una morale *universale* e quindi anche una legge penale *universale*. A tale proposito, nel Capitolo XXIX del *Dei delitti*, Beccaria si interroga sulla fondatezza di una repressione universale per il reato commesso da un cittadino, e si esprime in senso nettamente contrario. L'idea che la commissione di un delitto sia punibile qualunque sia il luogo in cui essa avviene, porterebbe con sé l'idea «che il carattere di suddito fosse indelebile, cioè sinonimo, anzi peggiore di quello di schiavi; quasi che uno potesse esser suddito di un dominio, ed abitare in un altro, e che le di lui azioni potessero senza contraddizione essere subordinate a due sovrani e a due codici sovente contraddittorii»¹⁶⁴. Nel fondare la preminenza del principio

¹⁵⁹ I. KANT, *Idea per una storia universale in prospettiva cosmopolitica*, Mimesis, 2015, 65.

¹⁶⁰ I. KANT, *La metafisica dei costumi, Dottrina del diritto*, Laterza, 2024, parte II, sez. III, § 62, 189 ss.

¹⁶¹ G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, *L'età moderna*, il Mulino, 1968, 407.

¹⁶² Ibidem, 375-376.

¹⁶³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, 1965, § VI, 21.

¹⁶⁴ Ibidem, § XXIX, 71-72.

di territorialità della giurisdizione, Beccaria sottolinea che il reato compiuto a Costantinopoli che si voglia punire a Parigi, avrebbe in sé il paradosso per cui «chi offende l'umanità merita di avere tutta l'umanità inimica, e l'esecrazione universale; quasi che i giudici vindici fossero della sensibilità degli uomini e non piuttosto dei patti che li legano fra di loro. Il luogo della pena è il luogo del delitto, perché ivi solamente, e non altrove, gli uomini sono sforzati di offendere un privato per prevenire l'offesa pubblica». Infatti, la funzione della legge penale è quella di punire per la violazione dei patti, e non per la «malizia intrinseca delle azioni»¹⁶⁵.

I principi così elaborati nel corso dell'Età dei Lumi sono stati in larga parte trasfusi nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, che costituisce l'inizio della costituzionalizzazione del diritto penale in Europa. All'art. 2¹⁶⁶, la Dichiarazione prescrive la funzionalizzazione del potere alla conservazione dei diritti naturali, mentre all'art. 8¹⁶⁷ prevede che le pene devono essere necessarie, poiché il cittadino è punibile solo in forza di una legge precedente al fatto compiuto e applicata secondo il diritto¹⁶⁸. Lo sviluppo storico, caratterizzato dall'epoca del costituzionalismo ottocentesco, e la successiva teorizzazione del positivismo giuridico all'inizio del XX secolo con l'opera di Hans Kelsen, ha visto affacciarsi una nuova forma di stato, in cui il potere politico dapprima viene circoscritto, per garantire le varie forme delle libertà negative di stampo liberale, e successivamente, nel secondo dopoguerra, è chiamato a realizzare i diritti che gli individui vantano nell'attuazione delle libertà positive di tipo sociale.

¹⁶⁵ Ibidem, 72.

¹⁶⁶ Assemblea Nazionale Costituente del 1789, *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, reperibile in https://it.wikisource.org/wiki/Dichiarazione_dei_diritti_dell'uomo_e_del_cittadino.

Art. 2: «Lo scopo d'ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo vale a dire la libertà, la proprietà, la sicurezza, e la resistenza all'oppressione».

¹⁶⁷ Ibidem. Art. 8: «La legge non deve stabilire se non pene strettamente ed evidentemente necessarie, e niuno può essere punito se non in virtù d'una legge stabilita e promulgata prima del delitto, e legalmente applicata».

¹⁶⁸ Il principio di legalità così espresso è stato poi raccolto nella celebre formulazione del brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, che si trova in P.J.A. FEUERBACH, *Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers*, 1800.

Il contributo della sociologia nel corso del XX secolo ha contribuito a definire l'essenza della sovranità dello Stato – *rectius* la sua condizione necessaria – la quale giace, come è stato limpidamente descritto dalla teoria di Weber, nell'idea di esercitare il monopolio dell'esercizio della violenza su un dato territorio¹⁶⁹. A questo dato fattuale ed empirico, Weber aggiunge un secondo elemento, quello della legittimità. La legittimità dello Stato è la causa dalla quale il sociologo fa discendere anche le conseguenze sul piano dell'effettività. Il potere è effettivo poiché è legittimo, non viceversa¹⁷⁰. Infatti, il monopolio deve essere della forza *legittima*: non è sufficiente, in altri termini, il solo fatto oggettivo di esercitare la forza perché il dominio sia continuo e permanente. L'azione di chi detiene il potere ha due aspetti: il primo è esterno, e riguarda il principio di effettività inteso come l'osservanza abituale delle regole; il secondo è interno, e si fonda sul principio di legittimità inteso come l'osservanza, da parte del consociato, delle regole perché il contenuto del comando è anche la massima della propria condotta. Il potere così inteso diventa quindi un *potere legale*, in cui le regole devono essere fondate su un principio di razionalità in senso formale. Come è stato autorevolmente spiegato, l'applicazione al potere del criterio di razionalità «[s]ignifica che il potere legale può dirsi razionale non in quanto tenda alla realizzazione di certi valori (etici o utilitari) piuttosto che di altri, ma in quanto viene esercitato in conformità di norme generali e astratte che da un lato, da parte del funzionario, escludono l'azione arbitraria e come tale irrazionale, e dall'altro, da parte del cittadino, permettono la prevedibilità dell'azione, e quindi la sua calcolabilità in base al nesso mezzi-fini, che caratterizza appunto ogni azione razionale secondo lo scopo»¹⁷¹. La cristallizzazione delle norme generali ed astratte e dei principi fondamentali mediante la stesura delle costituzioni ha consentito di gerarchizzare le norme dell'ordinamento e di fondare dei parametri di legittimità della legislazione, il cui controllo è appannaggio di un giudice delle leggi che ne verifica la conformità a costituzione. È, questo, il fondamento teorico dello Stato costituzionale di diritto.

¹⁶⁹ M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Mondadori, 2018, 196.

¹⁷⁰ N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Einaudi, 1999, 78.

¹⁷¹ Ibidem.

3.1.2 Il reato “universale”: analisi di una categoria atecnica

L’analisi delle teorie filosofiche appena esposte ha messo in luce un progressivo allontanamento dalla identità tra diritto e morale, separate dal patto sociale come unico strumento idoneo a limitare la libertà individuale. Per un verso, quindi, si è tracciata una demarcazione territoriale della sovranità, nella consapevolezza storica della pluralità statuale e del conflitto tra Stati. Dall’altra parte, e proprio in virtù del contesto storico di riferimento, si è dato avvio al percorso per porre le fondamenta di un *corpus* normativo internazionale. Lo sviluppo storico-giuridico nel corso del XX secolo ha portato all’individuazione di figure di crimini internazionali per via prima consuetudinaria e poi pattizia, in cui però l’aggettivo *universale* riferito alla fattispecie di reato non trova riscontro nella legislazione internazionale, preferendo piuttosto la locuzione di *crimina iuris gentium*.

Nel panorama teorico si scontrano da un lato le teorie sostanzialiste e dall’altro quelle formaliste. Le prime individuano dei criteri di valore per qualificare il reato dal punto di vista sostanziale e sono compatibili con una teoria formalista del reato (cioè conforme al principio di legalità) a patto che siano assunte non come proposizioni descrittive, ma come raccomandazioni prescrittive sul contenuto del divieto¹⁷². La locuzione che esprime pienamente il concetto di proibizione nelle teorie sostanzialiste è *prohibendum quia peccatum*, che può tuttavia avere due interpretazioni differenti: la prima, nell’affermare che vada proibito tutto ciò che è peccato – il peccato è condizione necessaria e sufficiente; la seconda, nel dire che vada proibito soltanto ciò che è peccato – il peccato è condizione solo necessaria. Il primo approccio sottomette il diritto alla morale o ad ulteriori criteri di riprovazione, e ne consegue che il diritto deve comandare il rispetto della morale e proibirne tutte le violazioni. Il secondo, invece, individua il limite alla potestà punitiva per i soli fatti immorali o riprovevoli. Questa seconda accezione in senso utilitaristico è

¹⁷² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1996, 460.

quella adottata dal pensiero penale liberale, attraverso la metafora immaginifica data da Bentham del rapporto tra diritto e morale: due cerchi concentrici con circonferenze differenti, più ampia la morale, più ristretto il diritto¹⁷³. Scrive Ferrajoli che proprio «il principio teorico della separazione tra diritto e morale, e per altro verso la relatività dei giudizi etici legata all'autonomia delle coscienze [...], impediscono che un sistema di proibizioni legali possa mai dirsi oggettivamente giusto o integralmente giustificato».¹⁷⁴ La perfezione del diritto penale o la sussistenza di concezioni universali di giustizia e moralità non sono concepibili empiricamente, alla luce della relatività storica e politica delle scelte legislative. Il fatto che le scelte incriminatrici sono operate dalla maggioranza, poi, non garantisce la loro giustizia o la moralità, poiché le opzioni politico-criminali possono semplicemente essere espressione dei valori e degli interessi dominanti: «[l]a giustizia, come la morale, non sono questioni di maggioranza»¹⁷⁵. Quando, ciononostante, un ordinamento penale per sua natura imperfetto ha la pretesa di definirsi invece come il portatore della giustizia perfetta, rivela il suo vero afflato: «la vocazione totalitaria»¹⁷⁶. L'identità tra la morale e la politica, cioè tra l'individuo e lo Stato, comporta la teorizzazione dello Stato etico, inteso come volere universale superiore alle volontà individuali, che assume una immanente eticità ed esige obbedienza da parte dei cittadini anche oltre i limiti territoriali: la libertà non risiede più nella particolarità degli individui, ma nell'universalità etica dello Stato¹⁷⁷. La separazione tra diritto e morale ha un duplice senso, a seconda che la si deduca dal principio di legalità in senso formale o in senso sostanziale. Dal principio di legalità *formale* deriva la separazione tra diritto e morale *in senso assertivo* – cioè la possibile ingiustizia della legge – su cui si basa il positivismo giuridico. Dal principio di legalità *sostanziale* deriva la separazione tra diritto e morale *in senso prescrittivo* – cioè la punibilità delle sole azioni dannose, non anche delle «identità

¹⁷³ J. BENTHAM, *Principes de législation*, in *Traité de la législation civile et pénale*, Hauman, 1840, 37

¹⁷⁴ L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 462.

¹⁷⁵ *Ibidem*, 463.

¹⁷⁶ L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 463.

¹⁷⁷ N. ABBAGNANO, G. FORNERO, *Percorsi di filosofia. Storie e temi*, Vol. 3A, Pearson, 2012, 210 s. V. anche G. GENTILE, *Introduzione alla filosofia*, Sansoni, 1958, 18-33.

perverse o nemiche o comunque diverse o antagoniste»¹⁷⁸ – su cui si basa il liberalismo politico. Questo secondo corollario fonda a sua volta il principio di laicità, da cui derivano da un lato la *laicità della morale* (l'indipendenza da quanto stabilisce il diritto) e la *laicità del diritto*. La laicità del diritto garantisce «l'indipendenza dalle pretese di una qualunque cultura o ideologia o religione di modellarlo sulla base dei loro principi solo perché da esse postulati come morali»¹⁷⁹: la laicità implica il rigetto dell'oggettivismo e del cognitivismo morale.

Se ne conclude che la nozione di reato “universale” in senso oggettivistico assumerebbe il valore di un «diritto penale massimo»¹⁸⁰, che interpreta da una prospettiva assolutistica e di cognitivismo etico il disvalore delle condotte, con la pretesa di una punizione senza confini. Perciò il reato “universale” di per sé non ha fondamento, «perché esiste semmai o un'applicazione del principio di universalità rispetto all'applicazione della legge penale a fatti commessi all'estero»¹⁸¹ o «una giurisdizione penale universale, propria del diritto internazionale penale, che ha a oggetto i “crimini internazionali”, espressione, questa, che ha un significato molto preciso»¹⁸² (per i quali v. rispettivamente § 3.2 e § 3.3). Nella prima accezione sono comprese le ipotesi di estensione dell'applicazione della legge italiana per le fattispecie che il legislatore ritiene di dover reprimere anche se commesse all'estero. Nella seconda accezione sono racchiusi i crimini internazionali, i c.d. *core crimes* (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, aggressione), per l'estrema gravità delle condotte e per la loro perseguibilità da parte dell'intera comunità internazionale.

¹⁷⁸ L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, 2021, 350.

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 81.

¹⁸¹ M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2025, 130.

¹⁸² F. FILICE, *La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative*, in *GenIUS*, 2/2023, 96.

3.2 Il principio di universalità nell'ordinamento penale italiano

3.2.1 I criteri dell'efficacia spaziale della legge penale italiana

I criteri che sono teorizzabili in astratto per determinare l'applicabilità della legge penale di uno Stato sono quattro. Il primo è il principio di *universalità* o *extraterritorialità assoluta*: la legge penale si applica senza limiti spaziali, chiunque sia il soggetto attivo e il soggetto passivo, e il giudice del luogo in cui avviene l'arresto ha il potere di giudicare tutti i reati, ovunque commessi. Il secondo è il principio di *territorialità*: la legge penale si applica soltanto sul territorio dello Stato. Il terzo principio è quello di *personalità attiva* o di *personalità*, secondo cui trova applicazione la legge nazionale di appartenenza del soggetto agente. Infine, il quarto principio è quello di *difesa*, da intendersi nella doppia forma della difesa dello Stato a cui appartengono i beni offesi (tale principio è definito *Realprinzip*, cioè principio di *realità*, dalla dottrina tedesca) e della difesa individuale (detto anche di *personalità passiva*), per cui è applicabile la legge nazionale di appartenenza del soggetto passivo¹⁸³.

I due principi maggiormente in contrasto – che secondo una parte della dottrina sono anche gli unici due principi ad entrare in gioco – e che informano l'intero approccio dell'ordinamento penale rispetto alla propria efficacia, sono il principio di territorialità e quello di universalità.

Il principio di territorialità può configurarsi in astratto o in concreto. In termini astratti, la territorialità implica che la fattispecie astratta ha vigore solo entro i limiti spaziali che sono rappresentati dal territorio dello Stato. In questo modo, il territorio rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie. In termini concreti, invece, il principio di territorialità richiede l'effettiva commissione del fatto sul territorio nazionale. Questo comporta una disequazione tra l'applicabilità della legge e la natura del territorio quale

¹⁸³ A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Giappichelli, 2006, 25.

elemento costitutivo della fattispecie. Se infatti la norma in esame rientra fra quelle per cui è prevista l'universalità, il territorio sarebbe un elemento costitutivo nel solo caso in cui l'intera condotta fosse posta in essere nel territorio dello Stato. Se, però, la condotta prevista viene realizzata in tutto o in parte all'estero, allora il territorio non rappresenta più un elemento costitutivo della fattispecie. Aderendo pienamente a questa prospettiva, un ordinamento fondato sul principio di territorialità vedrebbe variare gli elementi costitutivi della fattispecie a seconda del luogo in cui viene realizzata la condotta.

Secondo la tesi appena esposta¹⁸⁴, il principio di territorialità in concreto è l'opzione prescelta dall'ordinamento italiano, sia per un dato quantitativo – i reati sono per lo più commessi nel territorio dello Stato – sia per un dato normativo, e cioè la previsione dell'art. 6 c.p.¹⁸⁵. Come risulta ovvio, tuttavia, è punibile il reato in concreto commesso nel territorio nazionale anche se per la fattispecie in astratto è prevista l'applicabilità della legge italiana anche al fatto commesso all'estero. La disposizione dell'art. 6 non preclude, perciò, l'applicabilità della singola fattispecie penale ai fatti commessi all'estero. Quanto appena osservato è estendibile anche alla previsione dell'art. 3 c.p.¹⁸⁶. L'obbligatorietà territoriale impone un limite doppio, per un verso rispetto alla fonte – escludendo l'obbligatorietà di altre fonti di produzione – e per l'altro verso rispetto alla personalità – escludendo l'invalidità di tale obbligo per ogni persona, a prescindere dalla punibilità in concreto. Con metafora suggestiva, questo meccanismo è stato paragonato alle «porte antipanico»¹⁸⁷: da fuori non è possibile accedere, mentre se si opera dall'interno si può uscire.

Il principio di universalità, inteso come identità tra applicabilità della norma italiana all'estero e inesistenza di limiti spaziali della fattispecie, costituisce la nemesi del principio di territorialità. Se il fatto è punibile ovunque sia commesso perché la norma è applicabile anche ai fatti commessi all'estero, si tratta di una repressione universale. Tuttavia, l'ordinamento dispone ipotesi specifiche di efficacia extraterritoriale,

¹⁸⁴ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, 143.

¹⁸⁵ V. APPENDICE NORMATIVA.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ A. DI MARTINO, *op. cit.*, 41.

prevedendo alcuni requisiti tipici: per questa tesi dottrinale, queste ipotesi sono espressione dei principi di difesa e di personalità, e non del principio di universalità. I principi di difesa e di personalità non variano a seconda del *locus commissi delicti*: essendo indifferenti rispetto al luogo di commissione, si possono combinare con i limiti spaziali della norma. Ne deriva che la norma è applicabile anche se il fatto è commesso all'estero. Tuttavia, il principio di indifferenza rispetto al luogo di commissione ha in sé il principio di universalità, e ciò si esprime anche nella sua incompatibilità con la territorialità. Benché sia assente l'espressa indicazione normativa sulla preminenza del principio di universalità, quest'ultimo è certamente sullo sfondo dell'indirizzo del legislatore del codice penale. La scelta di politica legislativa di trasfondere nell'art. 6 la teoria dell'ubiquità, considerando il reato come una singola entità, e non scindendo l'evento dalla condotta¹⁸⁸, è espressione di una forma di primazia della legge penale italiana ricavabile anche dai lavori preparatori¹⁸⁹.

Dal punto di vista del diritto internazionale, l'adozione del criterio giurisdizionale di personalità attiva, e parimenti del criterio di territorialità, è conforme ai principi del diritto internazionale secondo la giurisprudenza che vede nella sentenza *Lotus* (1927) della Corte Permanente di Giustizia Internazionale il caso pilota¹⁹⁰. L'opzione del criterio di personalità attiva esprime l'intento, da parte dello Stato, di monitorare le condotte dei propri cittadini senza che rilevi la perseguibilità o meno di queste nello Stato in cui è commesso il fatto. Anzi, il criterio di personalità attiva ha maggiore pregnanza nel caso in cui la *lex loci* non assicuri un livello sufficiente di tutela al bene giuridico leso o non preveda l'incriminazione di quel fatto¹⁹¹. L'ipotesi di limitare l'ambito di applicazione della legge penale appare dubbia, non esistendo una precisa demarcazione del confine della c.d. *jurisdiction to prescribe*. Tuttavia, secondo un autorevole orientamento,

¹⁸⁸ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, Giuffrè, 1995, 109-110.

¹⁸⁹ A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Parte I, *Relazione sul Libro I del Progetto*, 32 ss.

¹⁹⁰ A. DI MARTINO, *op. cit.*, 72 s.

¹⁹¹ V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, in *La legislazione penale*, 4/2024, 583.

sussistono degli obblighi negativi di tutela, di doppio ordine: «quello delle norme sul trattamento degli stranieri ivi compreso il profilo della corrispettiva potestà di protezione dei sudditi all'estero, e quello delle norme sui diritti dell'uomo»¹⁹². Mancando, tuttavia, dei principi internazionali circa la ragionevolezza dell'adozione del principio di personalità attiva, l'unica modalità di controllo è la legittimità costituzionale della scelta di incriminazione universale *per se*¹⁹³.

3.2.2 *Le clausole estensive della tipicità al fatto commesso all'estero*

Con riferimento al rapporto tra la legge penale italiana e quella degli altri ordinamenti, il Codice Rocco del 1930 esprime una scelta chiara. Alla luce dell'ideologia fascista, è presente una concezione che accoglie formalmente il principio di territorialità ma che, attraverso deroghe amplissime, realizza una sostanziale tendenza verso il principio di universalità della legge penale italiana. Le norme del codice penale che ampliano la componente spaziale della fattispecie – artt. 7-10 c.p. – sono state definite delle «*clausole estensive della tipicità*»¹⁹⁴ di tipo integrativo, poiché realizzano una *metacriminalizzazione* o «criminalizzazione “di secondo grado”»¹⁹⁵. Queste norme, infatti, ampliano il precetto sulla condotta, secondo due modalità differenti: gli artt. 7 e 8 c.p. puniscono in via integrativa mediante l'eliminazione del requisito territoriale del fatto tipico, mentre gli artt. 9 e 10 compiono la criminalizzazione suppletiva mediante l'equivalenza del fatto interno a quello extraterritoriale. L'applicazione del principio di universalità in senso stretto si rinviene negli artt. 7 e 8, poiché in queste fattispecie viene meno l'ostacolo della doppia incriminazione, laddove gli artt. 9 e 10 determinano piuttosto una forma condizionata di extraterritorialità.

¹⁹² T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, CEDAM, 1973, 250.

¹⁹³ A. DI MARTINO, *op. cit.*, 209.

¹⁹⁴ D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2009, 580

¹⁹⁵ *Ibidem*.

Il fatto – tra quelli espressamente elencati – commesso integralmente all'estero dal cittadino italiano è soggetto alla disciplina dell'art. 7 c.p.¹⁹⁶, per cui l'applicazione della legge italiana risulta incondizionata, priva cioè di qualunque condizione di procedibilità. Le ipotesi tipizzate ai numeri 1-4 dell'art. 7 individuano le condotte che offendono gli interessi preminenti dello Stato (delitti contro la personalità dello Stato, contraffazione del sigillo, falsità in monete, delitti commessi dai pubblici ufficiali). La norma di cui al n. 5 I parte costituisce una clausola aperta, nei casi in cui speciali disposizioni di legge stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana, come e.g. le mutilazioni genitali femminili ex art. 583-bis c.p. e le ipotesi di cui all'art. 604 c.p. che punisce incondizionatamente i delitti di violenza sessuale e quelli contro la personalità individuale¹⁹⁷. La parte II del n. 5 individua la soggezione alla legge italiana dei reati commessi all'estero per i quali speciali convenzioni internazionali stabiliscano l'applicazione extraterritoriale della legge penale italiana per particolari crimini la cui repressione è riconosciuta indispensabile dalla comunità degli Stati¹⁹⁸ per raggiungere «la tutela di interessi di riconosciuto valore universale, rispetto ai quali il principio di universalità esprime la solidarietà internazionale tra gli Stati nei confronti di beni la cui tutela è ovunque riconosciuta di interesse comune (genocidio, pirateria, terrorismo)»¹⁹⁹ (v. § 3.3). Attraverso questa previsione normativa, l'ordinamento italiano può aprirsi alla giurisdizione penale universale. La norma, però, non ha una idoneità a influenzare le scelte di politica criminale, poiché «si risolve in un rinvio mobile con cui ci si limita a specifiche disposizioni di legge che prevedano in modo espresso una deroga al principio generale di sovranità territoriale, senza tuttavia che essa debba rispondere ad un qualsivoglia criterio se non la volontà (e talvolta il capriccio) del legislatore»²⁰⁰. Infatti, la portata della previsione è senz'altro limitata, dal momento che le norme indicate nel n.

¹⁹⁶ V. APPENDICE NORMATIVA.

¹⁹⁷ V. APPENDICE NORMATIVA, in particolare con riferimento alle cornici sanzionatorie severe previste dalle fattispecie richiamate, espressione dell'alto disvalore delle condotte punite.

¹⁹⁸ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*, Giuffrè, 2023, 176 ss. V. anche S. MANACORDA, M. COLACURCI, *Il "reato universale"? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano*, in *Archivio Penale*, 3/2024, 9.

¹⁹⁹ M. PELISSERO, *op. cit.*, 8.

²⁰⁰ S. MANACORDA, M. COLACURCI, *op. cit.*, 10.

5 dell'art. 7 «siano esse di origine interna o internazionale, sono evidentemente quelle [...] « ad apposita determinazione della sfera di applicazione »: provvedendo esse già direttamente a determinare il proprio ambito di applicazione, non hanno bisogno di una disposizione generale in materia»²⁰¹. Va segnalato, però, quanto contenuto nella Relazione al Codice penale del Ministro Rocco, che sembra segnare una via di indirizzo, in quanto afferma che la «applicazione, nei sensi finora indicati, della legge penale italiana a fatti commessi all'estero da cittadini o da stranieri, può rispondere a una duplice finalità: quella di difesa dei più vitali interessi dello Stato, a cominciare naturalmente dalla difesa della sua personalità; l'altra di collaborazione, spesso sussidiaria, talvolta anche diretta, con gli altri Stati, per la repressione di taluni delitti, che interessano tutte le Nazioni civili (*delicta juris gentium*)»²⁰².

Per i delitti commessi all'estero non elencati all'art. 7 è previsto un regime di procedibilità condizionato, che viene disciplinato nei successivi artt. 8, 9 e 10 c.p.

L'art. 8²⁰³ fu ispirato dalla volontà di reprimere gli avversari del regime fascista che avevano trovato rifugio all'estero. La norma, infatti, dispone l'applicabilità della legge italiana ai delitti politici commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero ai danni di un interesse politico dello Stato o di un diritto politico di un cittadino italiano. Questa estensione necessita dell'avveramento di una condizione, e cioè la richiesta del Ministro della giustizia ex art. 8 c. 1. Il successivo comma 2 prevede inoltre che, se è prevista la perseguibilità del reato a querela di parte, è necessaria anche la querela della persona offesa. Infine, il comma 3 offre la definizione normativa di delitto politico, che si esprime sia oggettivamente che soggettivamente. Il delitto oggettivamente politico concerne i casi di offesa alle componenti essenziali dello Stato (come la sicurezza, l'integrità territoriale etc.) ovvero l'offesa a un diritto politico del cittadino. Il delitto soggettivamente politico è quello che riguarda casi di reati comuni commessi da un soggetto ideologicamente determinato – in tutto o in parte – all'obiettivo di incidere sulle componenti essenziali

²⁰¹ T. TREVES, *op. cit.*, 99.

²⁰² A. ROCCO, *op. cit.*, 38.

²⁰³ V. APPENDICE NORMATIVA.

dello Stato, sulla struttura dei singoli poteri statuali o sui rapporti tra Stato e cittadino (come e.g. provocare la secessione di una parte del territorio dello Stato)²⁰⁴.

L'art. 9 c.p.²⁰⁵ applica il principio di universalità nel disporre l'applicazione della legge penale italiana per i delitti puniti con la detenzione commessi dal cittadino italiano all'estero. Il regime di procedibilità è rapportato alla gravità del reato. Per i delitti puniti con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, la condizione prevista per l'applicabilità è la presenza del cittadino nel territorio dello stato *ex art. 9 c. 1*. Per quanto riguarda i delitti puniti con la pena inferiore nel minimo a tre anni, l'art. 9 c. 2 dispone che la legge penale italiana è applicabile a due condizioni: se è un delitto perseguibile a querela o su istanza, la persona offesa deve proporla; altrimenti, vi deve essere la richiesta del Ministro della giustizia. Va aggiunto che, pur nel silenzio della legge, una condizione ulteriore è quella della presenza del cittadino nel territorio dello Stato, dal momento che se la condizione è prevista per i reati più gravi del c. 1, *a fortiori ratione* lo deve essere per quelli meno gravi previsti al c. 2. Il c. 3 prevede infine i casi di delitti a danno dell'Unione Europea, di uno Stato estero o di uno straniero²⁰⁶.

Infine l'art. 10 c.p.²⁰⁷ prevede l'applicabilità della legge penale italiana ai delitti comuni commessi dallo straniero all'estero. Al comma 1 la norma comprende tutti i delitti commessi dallo straniero all'estero a danno dello Stato o del cittadino italiano che siano puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a un anno. Le condizioni sono quelle della presenza del soggetto agente nel territorio dello Stato, la querela o l'istanza della persona offesa, la richiesta del Ministro della giustizia. Nel comma 2 è prevista l'applicabilità per i delitti a danno dell'Unione Europea, di uno Stato estero o di uno straniero, la cui sanzione della reclusione non deve essere inferiore nel minimo a tre anni. I requisiti per l'applicabilità sono sempre la presenza del soggetto agente nel territorio dello Stato, la richiesta del Ministro della giustizia, la non concessione dell'extradizione da parte del Governo italiano ovvero la non accettazione dell'extradizione da parte del

²⁰⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *op. cit.*, 178-179.

²⁰⁵ V. APPENDICE NORMATIVA.

²⁰⁶ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *op. cit.*, 180.

²⁰⁷ V. APPENDICE NORMATIVA.

Governo dello Stato estero. Da ultimo, il comma 3 – introdotto con la legge n. 3/2019, c.d. *spazzacorrotti* – elide il requisito della richiesta del Ministro della giustizia e dell'istanza o querela della persona offesa per alcune ipotesi di corruzione e altri delitti contro la pubblica amministrazione²⁰⁸.

3.2.3 *Il problema della doppia incriminazione e del paternalismo*

Un argomento di particolare rilevanza è la questione del requisito della doppia incriminazione. Nonostante la mancanza della previsione normativa, il richiamo nella Relazione al codice penale del Ministro Rocco appare chiara nel deporre in senso affermativo²⁰⁹ per la previsione dell'art. 9 c. 2 c.p. Anche la dottrina prevalente ritiene che la doppia incriminazione – cioè la previsione del fatto come reato nell'ordinamento italiano e nello Stato estero in cui è stato commesso il fatto – sia una condizione ulteriore per l'applicabilità della legge penale italiana. Questo requisito, infatti, è un corollario derivato dai principi di colpevolezza e di legalità: il cittadino italiano che vive stabilmente all'estero, come lo straniero, non può essere tenuto ad attuare la sua condotta secondo i comandi della legge italiana anziché della legge dello Stato estero, nel caso in cui quest'ultimo non qualifichi la condotta penalmente rilevante in Italia come reato nel proprio ordinamento²¹⁰. Altra parte di dottrina, anche alla luce dell'interpretazione letterale, esprime maggiori dubbi sulla portata del requisito²¹¹. Parimenti, va sottolineata la prospettiva teleologica della norma primaria dotata poi della clausola di estensione: anche in questa forma ulteriore di criminalizzazione, rimane ferma la tutela del medesimo bene giuridico. Perciò, *«la tipicità extraterritoriale appare configurabile alla*

²⁰⁸ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *op. cit.*, 181-182.

²⁰⁹ A. ROCCO, *op. cit.*, 36: «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, e che sussistano quelle altre condizioni [...]».

²¹⁰ *Ibidem*, 181.

²¹¹ V. A. DI MARTINO, *op. cit.*, 120 s.

fondamentale condizione che essa mantenga e presidi la stessa oggettività giuridica della fattispecie-base»²¹²: la determinazione del bene giuridico è conseguenza delle esigenze della società specifica a cui il legislatore si rivolge. Le caratteristiche concettuali ineludibili del bene giuridico sono la relatività e la socialità, che ne fanno un valore culturale che il legislatore attinge dalla società di cui è espressione²¹³. A ciò va aggiunto che lo scopo della pena di riaffermazione della norma penale violata, che perciò «pretende una coincidenza sociale e quindi tendenzialmente spaziale tra il luogo di commissione della trasgressione e il luogo di appartenenza della società turbata dalla violazione»²¹⁴.

Come è stato notato in dottrina, la repressione “universale” della GPA ha una funzione duplice: da un lato funge da strumento per derogare all’art. 9 c. 2, rendendo applicabile invece l’art. 7 n. 5, ed eludendo quindi il requisito della richiesta del Ministro della giustizia; dall’altro, consente di escludere l’applicazione del principio della doppia incriminazione²¹⁵. Se il primo obiettivo è indubbiamente realizzato con la nuova formulazione normativa, non così chiara appare la questione della doppia incriminazione, risvegliando dubbi rispetto alla proporzionalità della scelta politico-criminale. Oltre al contrasto con il requisito della doppia incriminazione, la nuova previsione opera nel solco di un paternalismo accentuato poiché estende l’applicazione della legge penale anche a condotte che in altri ordinamenti risultano del tutto lecite²¹⁶. Nella grande maggioranza, quasi tutti gli ordinamenti nazionali prevedono la doppia incriminazione come un requisito espresso²¹⁷: essa risponde all’aspettativa sociale del cittadino che vive o si trova all’estero e che orienta le sue scelte in base alle leggi del Paese in cui si trova. L’universalità del reato porterebbe invece con sé l’idea – contraria alle aspettative consolidate nelle società democratiche contemporanee – di orientare le condotte del

²¹² D. MICHELETTI, *op. cit.*, 583.

²¹³ Ibidem, 568.

²¹⁴ Ibidem, 577.

²¹⁵ G.L. GATTA, *Surrogazione di maternità come “reato universale”?* A proposito di tre proposte di legge all’esame del Parlamento, in *Sistema penale*, 5/2023, 155.

²¹⁶ A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come “reato universale”*, in *Sistema Penale*, 2023.

²¹⁷ T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all’applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all’estero*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4/2017, 1414.

cittadino all'estero secondo le leggi italiane²¹⁸. Questa scelta di incriminazione è stata ricondotta a una forma di paternalismo «espressione di un'idea di Stato tutore della moralità dei suoi cittadini ovunque vadano»²¹⁹. Con riferimento al profilo della configurabilità della colpevolezza in caso di ignoranza scusabile della legge penale, come sancito dalla sent. 364/1988 della Corte costituzionale²²⁰, si è osservato che l'intento del legislatore nella clausola di estensione della punibilità all'estero, è quello di superare in via normativa l'orientamento espresso in giurisprudenza per eliminare in radice ogni ipotesi di proscioglimento per la scusabilità dell'errore giuridico²²¹. In senso contrario, però, e cioè in affermazione dell'applicabilità della scusante dell'errore inevitabile della legge penale, si è notato che l'indeterminatezza della fattispecie in esame ne impedisce la comprensibilità e la prevedibilità: l'«universalità» del delitto non basta per elidere *a priori* l'applicabilità della causa di esclusione della colpevolezza, in particolare per i casi di cittadini italiani che vivono stabilmente all'estero e non sono in contatto con la realtà giuridica nazionale²²² (v. *infra* Capitolo IV). A ciò si deve aggiungere che l'art. 12 c. 6 della L. 40 esprime un livello di disvalore medio-basso, e intercetta condotte non sono represses universalmente, come si evince rispettivamente dalla cornice sanzionatoria e dall'assenza di convenzioni internazionali che impongano il divieto. Si configura, in questa ipotesi, il rinverdire di un'ispirazione autoritaria che porta l'ordinamento italiano ad espandersi oltre frontiera con la giustificazione formale di contrastare il «turismo procreativo», quando invece «il concreto obiettivo del legislatore non è quello di contrastare la GPA in sé considerata, ma di evitare che siano cittadini italiani a farvi ricorso»²²³. Non sfugge, infatti, che la norma intende reprimere le condotte dei cittadini italiani «su un piano puramente simbolico e fortemente eticizzante, consacrando la volontà della maggioranza parlamentare di difendere un particolare assetto di valori

²¹⁸ Ibidem, 1417.

²¹⁹ D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cassazione Penale*, 2017, 1364 s.

²²⁰ A. SCHILLACI, *op. cit.*, 161.

²²¹ F. FILICE, *op. cit.*, 99.

²²² A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bua e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *GenIUS*, 2/2023, 174.

²²³ A. SCHILLACI, *Gestazione per altri, relazioni tra ordinamenti e ragionevolezza: il diritto penale italiano come misura del mondo?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2025, 161.

incentrato su di una concezione tradizionale di famiglia»²²⁴. Di conseguenza, lo strumento penale è stato qui oggetto di un «utilizzo dunque paternalistico e propagandistico [...] e diretto a promuovere una particolare visione della genitorialità e della riproduzione»²²⁵. La dottrina ha ravvisato in queste nuove fattispecie – e più in generale in questa strumentalizzazione politica del diritto penale – il serio rischio di una deriva populista nelle scelte politico-criminali e di una torsione sostanziale dei principi costituzionali in materia penale. La prospettiva di una potestà punitiva assolutistica adottata dal legislatore si traduce pertanto in una «etichetta atecnica e priva di un addentellato normativo, oltre che di una chiara configurazione teorica»²²⁶, criticabile sul piano delle scelte politico-criminali e delle ricadute esterne al campo dell'ordinamento penale, e potenzialmente in contrasto con i principi dello Stato costituzionale di diritto: questo insieme di aspetti, che è stato definito come un «esito paradossale di panpenalismo»²²⁷, sarà oggetto di ulteriore approfondimento sul piano dogmatico e politico-criminale nel Capitolo IV.

3.3 *La giurisdizione penale universale per la repressione dei crimina iuris gentium*

3.3.1 *L'origine consuetudinaria e l'evoluzione pattizia dei crimina iuris gentium*

L'analisi precedente ha messo in luce l'inesistenza della categoria del reato "universale", che può significare più precisamente l'applicazione del principio di universalità della legge penale italiana ovvero la giurisdizione penale universale, avente ad oggetto i "crimini internazionali"²²⁸: questa locuzione descrive i delitti contraddistinti

²²⁴ S. MANACORDA, M. COLACURCI, *op. cit.*, 5.

²²⁵ *Ibidem*, 27.

²²⁶ S. MANACORDA, M. COLACURCI, *op. cit.*, 2.

²²⁷ 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*, 2021, 12.

²²⁸ P. GAETA, J.E. VIÑUALES, S. ZAPPALÀ, *Cassese's International Law*, Oxford University Press, 2020, 429 ss.

dalla gravità delle condotte e dal rango degli interessi violati, «che trascendono i confini del luogo di commissione e investono idealmente l'intera umanità, imponendone la repressione nell'ordinamento internazionale. La categoria è identificata anche dall'espressione *crimina o delicta iuris gentium*»²²⁹.

A partire dalla seconda metà del XIX secolo nasce il diritto internazionale umanitario, costituito dalle norme consuetudinarie o convenzionali che disciplinano i conflitti armati. I crimini di guerra si originano come violazioni gravi del diritto internazionale umanitario, costituendo la «dimensione penalistica»²³⁰ delle norme che obbligano gli Stati a reprimere le violazioni gravi. Il diritto internazionale umanitario è definito anche *ius in bello*: esso si applica a tutte le parti in conflitto e si sviluppa a partire dal 1863 con la creazione del Comitato Internazionale della Croce Rossa, che ispira successivi strumenti pattizi sulla tutela dei militari feriti in guerra. La positivizzazione dei crimini di guerra viene poi realizzata dalle Convenzioni dell'Aia del 1899 e del 1907²³¹. Il paradigma della cooperazione internazionale, che si è progressivamente affacciato nel panorama della storia nel XX secolo dopo la Prima Guerra Mondiale, con la nascita della Società delle Nazioni nel 1919, ha trovato in origine uno spazio di azione del tutto minimo, a causa della presenza di forme aggressive di nazionalismo, sovranismo e imperialismo. La sostanziale inefficacia di quel modello di cooperazione e la sistematica violazione degli obblighi internazionali fu pienamente disvelata allo scoppio della Seconda Guerra Mondiale. La vittoria degli Stati Alleati determinò la costruzione di un ordinamento internazionale molto più articolato e vincolante. La nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e l'approvazione della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani il 10 dicembre 1948 da parte dell'Assemblea generale furono l'espressione plastica di un nuovo ordine internazionale. Questo ordine si è poi trasfuso anche negli ordinamenti nazionali: di ciò è prova il costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra. La

²²⁹ R.S. AITALA, *Diritto internazionale penale*, Le Monnier Università, 2021. Risorsa consultata online sulla piattaforma <https://www.perlego.com/>.

²³⁰ E. AMATI, P. CAROLI, M. COSTI, E. FRONZA, E. MACULAN, A. PIZZUTI, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, 2025, 411.

²³¹ *Ibidem*, 3.

Costituzione italiana, nei suoi Principi fondamentali, agli artt. 10 e 11 prevede l'adeguamento dell'ordinamento al diritto internazionale consuetudinario e alla limitazione della sua sovranità, esprimendo un ordinamento incline per principio alla cooperazione internazionale. L'ottica di mantenimento dell'ordine, di ampliamento del diritto internazionale umanitario e di repressione dei crimini di guerra ha trovato espressione nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, oltre alla Convenzione contro il genocidio del 1948, sull'imprescrittibilità dei crimini di guerra e contro l'umanità del 1968, sul crimine di apartheid del 1973, contro la discriminazione razziale del 1975, contro la tortura del 1984 e da ultimo per la protezione dalla sparizione forzata del 2006: se ne ricava che «il diritto penale internazionale nasce [...] con la parte speciale»²³².

Dapprima, il principio di universalità come criterio giurisdizionale aveva trovato un'elaborazione limitatamente al delitto di pirateria, come riporta la *Draft Convention of Jurisdiction with respect to Crime* del 1935²³³, ma è poi andato evolvendosi fino «ad acquisire lo *status* di norma consuetudinaria nel diritto internazionale»²³⁴. Dopo il secondo conflitto mondiale, le fattispecie di *crimina iuris gentium* sono state individuate già a partire dallo Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga. La Carta del tribunale fu approvata l'8 agosto del 1945 e preconizzava i fondamenti del diritto penale internazionale contemporaneo. Gli artt. 6, 7 e 8²³⁵ richiama la responsabilità penale degli organi statali, mentre le categorie di crimini su cui il Tribunale di Norimberga aveva giurisdizione erano le tre seguenti: crimini contro la pace; crimini di guerra; crimini contro l'umanità. Proprio quest'ultima categoria introduceva la criminalizzazione delle condotte commesse dai governi contro i propri cittadini, così attenuando il principio di non interferenza negli affari interni di altri Stati²³⁶. Da questa “prima ondata” per la repressione dei crimini nazisti, scaturisce poi la “seconda ondata” per i crimini commessi

²³² Ibidem, 5.

²³³ C. CANTONE, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale e il 'modello italiano' tra presente e futuro*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2022, 451.

²³⁴ Ibidem, 474.

²³⁵ *Statuto del Tribunale internazionale militare di Norimberga* (1945), reperibile in <https://unipd-centrodirittumani.it/it/archivi/strumenti-internazionali/patto-di-londra-e-statuto-del-tribunale-internazionale-militare-di-norimberga-1945>.

²³⁶ R.S. AITALA, *op. cit.*

nell'ex Jugoslavia e in Ruanda²³⁷ con l'istituzione rispettivamente del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia nel 1993 e del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda nel 1994, con due risoluzioni del Consigli di Sicurezza dell'ONU. Punto di approdo di questa linea direttrice è l'approvazione dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale il 17 luglio 1998: viene pattuita una codificazione internazionale che disciplina la responsabilità penale degli individui all'interno di un campo fino ad allora sempre rimasto di appannaggio esclusivo degli Stati, rivoluzionando il paradigma della giurisdizione internazionale e tipizzando quelle fattispecie che sono da perseguire a prescindere dal *locus commissi delicti* per il loro disvalore intrinseco e universale. La particolarità della Corte Penale Internazionale, e che la rende un *unicum* rispetto ai Tribunali per la Jugoslavia e il Ruanda, è che la sua istituzione è avvenuta mediante un trattato multilaterale, fondando così «un diritto penale a vocazione universale fuori dal singolo Stato e senza un territorio determinato: un sistema globale»²³⁸. La giurisdizione della Corte si fonda sul criterio di territorialità e di personalità attiva, ed è basata sul principio di complementarità: la Corte può procedere soltanto quanto lo Stato che di regola dovrebbe esercitare la giurisdizione non intenda (*unwilling*) o non possa farlo (*unable*) come previsto ex art. 17²³⁹. La giurisdizione per materia viene limitata ai crimini internazionali fondamentali (c.d. *core crimes*), e cioè i seguenti quattro: il genocidio (art. 6), i crimini contro l'umanità (art. 7), i crimini di guerra (art. 8) e l'aggressione (art. 8 *bis*)²⁴⁰. L'idea stessa della responsabilità dell'individuo, che comincia così a prendere parte come soggetto di diritto internazionale, ha costituito un'innovazione rispetto al campo del diritto internazionale, nel quale i soggetti titolari di diritti e destinatari di obblighi erano unicamente gli Stati²⁴¹.

La categoria di *crimina iuris gentium* di più recente elaborazione, e che è andata progressivamente emancipandosi dai crimini di guerra, è la categoria dei crimini contro

²³⁷ M. LA MANNA, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, 2020, 29.

²³⁸ E. AMATI, P. CAROLI, M. COSTI, E. FRONZA, E. MACULAN, A. PIZZUTI, A. VALLINI, *op. cit.*, 13.

²³⁹ V. APPENDICE NORMATIVA.

²⁴⁰ V. APPENDICE NORMATIVA.

²⁴¹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *op. cit.*, 202.

l'umanità: tale nozione è da intendersi nel duplice profilo di umanità come insieme di tutti gli esseri umani (*humankind*) e di umanità come essenza profonda dell'essere umano (*humanness*). L'ampiezza di questa locuzione è data anche dalla mancanza di uno strumento convenzionale *ad hoc*, in ciò differenziandosi dai crimini di guerra e dal genocidio. L'art. 7 dello Statuto della CPI annovera varie condotte, facendo confluire quelle già previste nello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, quelle dei Tribunali *ad hoc*, innovando anche con ulteriori condotte lesive, e prevedendo soprattutto la clausola residuale degli "altri atti inumani di natura simile", che rende questa fattispecie aperta ad integrazioni. È questa la categoria dei crimini internazionali che protegge sia beni giuridici individuali quali la vita, l'integrità fisica e sessuale, la dignità, sia beni giuridici collettivi, cioè le nozioni di *humankind* e *humanness*. Questa duplice lesione, del bene individuale e di quello collettivo, rende i crimini contro l'umanità una fattispecie plurioffensiva. Questa nozione, di per sé idonea a sussumere qualsivoglia fattispecie lesiva della dignità umana, viene però delimitata dalla previsione dell'elemento di contesto, definito come l'ambito di «un attacco esteso o sistematico contro la popolazione civile» dall'art. 7(1) dello Statuto di Roma²⁴².

Da quanto appena visto, consegue un livello duplice di analisi. In primo luogo, è presente un obbligo di diritto consuetudinario per l'esercizio della giurisdizione universale, che si compone dell'elemento dell'*usus* e dell'*opinio juris*²⁴³. In secondo luogo, tuttavia, le fattispecie di crimini internazionali rispondono ad una nozione pattizia. Non può esservi, di conseguenza, una previsione di reato *universale* che sia *unilaterale*, poiché un fatto commesso in territorio estero non può essere efficacemente perseguito e sanzionato se non attraverso la cooperazione dello Stato nel cui territorio è avvenuto il fatto. La prospettiva della cooperazione internazionale è in aperto contrasto, sia sul piano logico che sul piano della effettività della sanzione, con ogni incriminazione unilaterale – e quindi non pattizia – che preveda uno straripamento extraterritoriale della potestà punitiva.

²⁴² E. AMATI, P. CAROLI, M. COSTI, E. FRONZA, E. MACULAN, A. PIZZUTI, A. VALLINI, *op. cit.*, 373.

²⁴³ M. LA MANNA, *op. cit.*, 206.

3.3.2 *Una distonia del legislatore italiano: la demolizione e l'accantonamento del progetto di Codice dei crimini internazionali*

Nell'ordinamento interno manca la legge di adeguamento allo Statuto della Corte Penale Internazionale sul piano del diritto sostanziale. Per porre rimedio a questa lacuna, nel 2022 è stata istituita una Commissione presso il Ministero della Giustizia, presidenti il prof. Palazzo e il prof. Pocar, al fine di elaborare il progetto del Codice dei crimini internazionali. Con il Governo Meloni, insediatosi nel frattempo, è stato presentato dai Ministri della giustizia, della difesa e degli esteri il 16 marzo 2023 la proposta del Codice. Il Consiglio dei Ministri ha annunciato un futuro disegno di legge per disciplinare soltanto i crimini di guerra e l'aggressione, espungendo la disciplina dei crimini contro l'umanità e del genocidio prevista dalla commissione Palazzo-Pocar, a cui però non ha successivamente dato seguito.²⁴⁴

Allo stato dell'arte, sul piano sostanziale hanno luogo soltanto il crimine di genocidio per la ratifica della convenzione relativa²⁴⁵ e i crimini di guerra presenti nel Codice penale militare di guerra, mentre sul piano processuale il legislatore ha approvato la legge 20 dicembre 2012, n. 237 sulla cooperazione giudiziaria, l'esecuzione dei provvedimenti e i delitti a tutela delle istituzioni della Corte. Tuttavia, anche le fattispecie già disciplinate sul piano sostanziale, come il genocidio e crimini di guerra, non risultano adeguate alle ipotesi previste dagli artt. 6 ss. dello Statuto di Roma, per non tacere di quelle non espressamente previste, cioè l'aggressione e i crimini contro l'umanità²⁴⁶. In particolare, la legislazione sul genocidio non consente di sussumere condotte varie che pure sono

²⁴⁴ A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2023, 91 ss. L'Autore sottolinea che risale a quegli stessi giorni (10 marzo 2023) la dichiarazione della Presidente del Consiglio dei Ministri, on. Meloni, che affermava di voler espandere «per tutto il globo terraqueo» l'applicabilità della legge penale italiana, con riferimento al traffico di migranti prima, e alla maternità surrogata poi.

²⁴⁵ Legge 9 ottobre 1967, n. 962, in attuazione della Convenzione di New York del 9 dicembre 1948 (*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*), con ratifica autorizzata dalla legge 11 marzo 1952, n. 153.

²⁴⁶ E. FRONZA, C. MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, 20/2022, 1027 ss.

riconducibili a fatti genocidari, come gli atti contro i gruppi linguistici, la costrizione ad atti sessuali di persone appartenenti ad un gruppo protetto e il genocidio culturale, che sono state invece oggetto di disciplina nella proposta della commissione Palazzo-Pocar. Alla stessa stregua, anche i crimini di guerra previsti dalla legislazione penale militare presentano numerose lacune rispetto ai fatti tipici sussunti nelle fattispecie previste dallo Statuto di Roma, e molti di questi delitti sono subordinati alla dichiarazione formale dello stato di guerra, senza considerare l'elemento del conflitto armato in senso sostanziale²⁴⁷. Allo stato attuale, risulta che l'Italia non può attivare in maniera sempre soddisfacente la giurisdizione, dovendo quindi intervenire la giurisdizione complementare della Corte Penale Internazionale²⁴⁸ e apparendo perciò evidente il grave ritardo dell'ordinamento interno²⁴⁹.

In conclusione, non si può che constatare una distonia grave e patente sul piano politico-criminale: il legislatore da un lato accantona un disegno di legge la cui approvazione deriva da un obbligo internazionale di un trattato ratificato dall'Italia che contiene le fattispecie di *core crimes*, mentre dall'altro individua una nuova fattispecie la cui perseguibilità straripa oltre i limiti dei confini nazionali in modo del tutto unilaterale. Addirittura, nel caso della maternità surrogata, il fatto commesso dal cittadino italiano è perseguibile anche in assenza del requisito di doppia incriminazione, perché fondata sul criterio giurisdizionale della personalità attiva: il legislatore impone così sul cittadino italiano la scure della sanzione penale in modo indiscriminato, realizzando una legge penale che vaga, come un *cavaliere errante*²⁵⁰, e incombe sul cittadino imponendo la morale del legislatore. Tra le conseguenze paradossali delle scelte del legislatore, la legge italiana è più facilmente applicabile ad un cittadino che commetta all'estero una surrogazione di maternità – simile per cornice edittale alle lesioni personali *ex art. 582*

²⁴⁷ S. MANACORDA, M. COLACURCI, *op. cit.*, 31. V. anche *Relazione di accompagnamento al progetto di Codice dei crimini internazionali*, 2022, reperibile in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_PALAZZO_POCAR_relazione_final_e_31mag22.pdf, 22 ss.

²⁴⁸ F. PALAZZO, *Crimini internazionali e giurisdizione interna*, in *Diritto penale e processo*, 2/2024, 155.

²⁴⁹ S. MANACORDA, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2022, 779 ss.

²⁵⁰ A. DI MARTINO, *op. cit.*, 282. V. anche E. BRUSA, *Prolegomeni al diritto penale*, 1888, 392.

c.p. – che ad un omicidio commesso all'estero da cittadino italiano che sia «riceducibile, secondo il diritto internazionale, a un crimine contro l'umanità»²⁵¹. Dietro la maschera della tutela della dignità della donna e della repressione del «turismo procreativo» si intravede, anche attraverso le maglie dei lavori parlamentari, la volontà di comandare un imperativo etico sulle scelte riproduttive senza confini, strumentalizzando la legge penale e assecondando le logiche populistiche.

²⁵¹ A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, cit., 183.

CAPITOLO IV

LA FATTISPECIE ITALIANA DI MATERNITÀ SURROGATA.

PROFILI DOMMATICI E POLITICO-CRIMINALI

4.1 Il fatto tipico

L'art. 12 c. 6 della legge n. 40/2004²⁵² presenta un reato comune a più fattispecie. Sono presenti le condotte di pubblicizzare, organizzare, realizzare riferite alla commercializzazioni di gameti o embrioni o alla maternità surrogata. In totale, la norma assomma sei fattispecie. Il dolo è generico. Non è espresso il soggetto passivo. Il reato è eventualmente abituale²⁵³. I beni giuridici protetti sono la dignità umana sia della donna che del bambino (bene giuridico collettivo diffuso), la tutela dell'istituto dell'adozione (bene giuridico collettivo istituzionale), l'interesse del minore alla certezza delle relazioni familiari (bene giuridico individuale).

Sin dal tenore letterale della fattispecie emerge un «vizio congenito di formulazione»²⁵⁴. Infatti, la *ratio* della sanzione penale dovrebbe consistere nella tutela della dignità umana della madre gestante, la quale diventa uno strumento per fini altrui nella GPA: questo intento però confligge con la determinazione dei soggetti attivi. Infatti, il reato è comune e la fattispecie non rientra tra quelle per cui è prevista la limitazione soggettiva *ex art. 12 c. 8*, che esclude la punibilità dell'uomo o della donna a cui sono

²⁵² V. APPENDICE NORMATIVA.

²⁵³ M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, cit., 134. «Si tratta di un reato eventualmente abituale, perché il fatto può essere integrato da una sola condotta, (basta ad es. una pubblicizzazione), ma se seguono ulteriori condotte conformi al tipo nell'ambito della stessa procedura, il reato continua a rimanere unico, con spostamento in avanti del momento consumativo».

²⁵⁴ M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3/2015, 930.

applicate le tecniche di cui ai commi 1, 2, 4 e 5, mancando quindi proprio il comma 6²⁵⁵. Questa scelta è stata adottata nel corso dei lavori parlamentari. In un primo momento, nel testo presentato al Parlamento la surrogazione di maternità era riunita alle altre tecniche di PMA vietate nell'art. 12 c. 1, e nel c. 3 si prevedeva l'esclusione della punibilità per l'uomo e la donna oggetto delle tecniche previste. Successivamente, nel testo definitivamente approvato, la surrogazione viene scorporata dalle tecniche di riproduzione e inserita come pratica autonomamente vietata nel c. 6²⁵⁶. L'interpretazione letterale non consente di escludere l'ipotesi per cui la stessa madre gestante o i genitori committenti possano figurare come soggetti attivi, per lo meno a titolo concorsuale, ove abbiano partecipato alla realizzazione, all'organizzazione o alla pubblicizzazione della surrogazione di maternità²⁵⁷. Ne deriva perciò che tutti i soggetti coinvolti nell'applicazione della tecnica rispondono del reato²⁵⁸.

Il fatto tipico ha suscitato ampi dubbi in dottrina, dal momento che la formula "maternità surrogata" adottata dal legislatore non consente di individuare quale tipologia di GPA sia quella che integra la fattispecie. Il legislatore non opera alcuna distinzione sul piano delle finalità che sottostanno alla pratica di GPA, e cioè se vi sia una base commerciale ovvero uno scopo solidaristico²⁵⁹. Se appare chiaro il rischio che una pratica come la GPA su base commerciale può comportare sul piano della tutela della dignità, e se ne legittimano le ragioni di incriminazione, così non può dirsi per le condotte a scopo solidaristico. Nel silenzio del legislatore, alla nozione di solidarietà in questo settore può corrispondere una varietà di significati: da un lato, il caso della donna che, per ragioni mediche, non è in grado di portare a termine la gravidanza, oppure dall'altro il caso delle coppie omogenitoriali, che ricevano un aiuto da parte di una donna che, in virtù di un legame parentale o amicale, sceglie di portare in grembo il nascituro per le persone

²⁵⁵ M. PELISSERO, *op. cit.*, 131. V. APPENDICE NORMATIVA.

²⁵⁶ F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La L. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, *cit.*, 83, 254.

²⁵⁷ E. DOLCINI, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *notizie di POLITEIA*, 2014, 81.

²⁵⁸ M. PELISSERO, *op. cit.*, 131. T. TRINCERA, *op. cit.*, 1402 ss. V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, 2019, 386.

²⁵⁹ A. MANNA, *op. cit.*.

impossibilità. Il difetto di tipizzazione si evidenzia anche sul piano delle caratteristiche tecnico-biologiche della condotta. Sul piano biologico, infatti, si distingue usualmente tra surrogazione *parziale* o *tradizionale* – quando la madre gestante ha un legame genetico con l’embrione – e surrogazione *totale* o *gestazionale* – quando la madre gestante non ha legame genetico con l’embrione. In assenza di qualunque differenziazione espressa, è da ritenersi che il legislatore abbia esteso il divieto a tutte le forme di maternità surrogata²⁶⁰.

Anche il profilo della consumazione della condotta non appare di facile individuazione: il fenomeno della GPA è complesso, parte dalla stipula di un accordo, passa attraverso la sottoposizione della madre gestante alle tecniche di PMA fino alla consegna del bambino ai genitori d’intenzione. Questa configurazione è definita come «doppia sostituzione materna»: la prima sostituzione avviene tra la madre intenzionale e la gestante, che assume la gravidanza al posto della prima; la seconda sostituzione avviene nel senso opposto, con la madre sociale che assume la responsabilità genitoriale al posto della gestante²⁶¹. Tra le varie fasi che caratterizzano il fenomeno, la prevalente dottrina individua il momento consumativo nella consegna del nato²⁶² anche se un precedente nella giurisprudenza della Cassazione ha anticipato il perfezionamento al momento della nascita²⁶³.

La norma è segnata anche da un’anticipazione della soglia di punibilità, su condotte che «si caratterizzano, paradossalmente, per essere più determinate quanto più si allontanano dall’esecuzione»²⁶⁴ della pratica: ciò comporta la repressione di condotte che sono comunque lontane dall’offesa ai beni giuridici tutelati. L’anticipazione maggiore si dà con la condotta di pubblicizzazione, essendo sufficiente la sola condotta di portare a conoscenza la tecnica ad un numero indefinito di persone. La pratica di organizzazione della maternità surrogata comprende anche tutte le attività delle agenzie intermediarie tra

²⁶⁰ M. DOVA, *op. cit.*, 931.

²⁶¹ V. TIGANO, *op. cit.*, 366.

²⁶² M. PELISSERO, *op. cit.*, 138

²⁶³ C. Cass. Pen., Sez. III, sent. 28 ottobre 2020 – 10 febbraio 2021, n. 5198, punto 3 del cons. in dir., reperibile in <https://www.dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2021/03/Cass.-pen.-5198-2021.pdf>.

²⁶⁴ M. PELISSERO, *op. cit.*, 132.

i committenti e le madri gestanti e le strutture dove avviene il parto, oltre alla gestione amministrativa *post partum*: «può dirsi che responsabile del reato di organizzazione sia chiunque predisponga i mezzi idonei a consentire che una donna, in esecuzione di un precedente accordo con un terzo, si sottoponga alle tecniche di PMA allo scopo di consegnare in via definitiva il minore al committente; e ciò a prescindere che si tratti di un'attività esercitata in modo professionale o continuativo, o comunque dietro pagamento di un compenso»²⁶⁵. La criminalizzazione autonoma di condotte che sono preliminari ad entrambe le sostituzioni che connotano il delitto, costituendo di fatto degli atti preparatori alla realizzazione della surrogazione, ne fanno dei reati di pericolo indiretto, o di pericolo di pericolo²⁶⁶.

Mentre le due condotte precedenti sono realizzate dal personale amministrativo e medico della struttura e dalle agenzie intermediarie, la fattispecie della realizzazione è quella che riguarda tutti i cittadini, a cui è riferita l'estensione della punibilità del fatto operata con la legge 4 novembre 2024, n. 169. È stato escluso che integri il reato la mera stipulazione dell'accordo, in assenza di ogni esplicito riferimento terminologico di tipo contrattuale, indicando, la condotta della realizzazione, piuttosto la fase attuativa del contratto: la stipulazione si colloca in una fase preliminare inoffensiva e nemmeno idonea e univoca a realizzare la pratica, non integrando così nemmeno il delitto tentato²⁶⁷. In ciò soccorre anche il principio di materialità, per il caso in cui all'accordo non conseguano fatti offensivi del bene giuridico, in assenza di un minore destinatario di tutela²⁶⁸. Con riferimento al rapporto tra condotta e il bene giuridico dello *status filiationis* del minore, si rileva una presunzione di pericolo rispetto all'affidamento del bambino concepito su accordo e a seguito delle tecniche di PMA effettuate sulla gestante, che lede lo stato civile del minore ad uno stadio anticipato²⁶⁹. La presunzione di pericolo consiste nella regola di

²⁶⁵ V. TIGANO, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in *GenIUS*, 2/2023, 157.

²⁶⁶ V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., 388.

²⁶⁷ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, 2012, 144.

²⁶⁸ V. TIGANO, *op. cit.*, 377.

²⁶⁹ *Ibidem*, 381.

esperienza secondo cui «all'esecuzione dell'accordo tra le due donne coinvolte, si accompagna l'elevata probabilità di una successiva alterazione dello stato civile del minore, realizzata attraverso elusioni delle norme civili non autonomamente sanzionate (ossia la mancata osservanza dell'obbligo della partoriente di farsi nominare nell'atto di nascita ex art. 9 c. 2 della l. 40)²⁷⁰, o eventualmente attraverso falsità invece ricadenti nella fattispecie di cui all'art. 567 c. 2 c.p.»²⁷¹. Il giudizio prognostico di pericolosità, fondato sull'*id quod plerumque accidit*, non appare arbitrario poiché trova il suo razionale nella frequenza di questi casi nella giurisprudenza. Non mancano però interpretazioni più restrittive della condotta di realizzazione, circoscritta alle forme di maternità surrogata attuabili mediante PMA e non altrimenti riproducibili naturalmente. Seguendo quest'ipotesi, l'unica condotta che rientrerebbe nel fatto tipico sarebbe il caso di surrogazione totale – in cui la condotta di realizzazione è l'attuazione del protocollo di PMA da parte del medico²⁷² – mentre l'ipotesi di consegna del figlio interamente altrui rientrerebbe in ipotesi di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) o di violazioni delle norme sull'adozione (art. 71 c. 1 della L. 184/1983)²⁷³. Infatti, la condotta non può prescindere dall'applicazione di tecniche di PMA dal momento che la fattispecie è inserita nella L. 40/2004, appunto intitolata *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. La consegna di un bambino a terzi in contrasto con le norme sull'adozione, invece, rientra nella fattispecie ex art. 71 c. 1 della L. 184/1983, a prescindere dalla presenza o meno di un contratto di gestazione o di pratiche di fecondazione artificiale²⁷⁴. Ciò che viene contestato, in particolare, è la circostanza per cui il mero fatto della fecondazione artificiale inneschi un disvalore ulteriore e quindi una nuova incriminazione²⁷⁵. Il disvalore ulteriore è dato dalla presenza di un previo accordo alla sottoposizione a tecniche riproduttive artificiali da parte di una donna per conto di un'altra, mentre il mero

²⁷⁰ V. APPENDICE NORMATIVA.

²⁷¹ V. TIGANO, 381-382.

²⁷² 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 *Diritto penale e processo*, 7/2017, 906.

²⁷³ V. APPENDICE NORMATIVA.

²⁷⁴ V. TIGANO, *op. cit.*, 384-385.

²⁷⁵ A. VALLINI, *op. cit.*, 903.

ricorso a PMA non può comportare intrinsecamente un grado maggiore di offensività²⁷⁶. Il fatto di realizzare la surrogazione, intesa come doppia sostituzione di madre, assume il connotato di una fattispecie necessariamente plurisoggettiva «ad esecuzione bilaterale qualificata»²⁷⁷, poiché concerne sia la madre biologica sia quella sociale, in assenza di una previsione legislativa espressa di un reato proprio. A titolo di concorso eventuale, possono poi essere chiamati a rispondere i soggetti quali il personale medico, il partner della madre sociale, chiunque istighi le donne a consegnare il bambino, sempreché le loro condotte non siano sussunte dalle fattispecie di organizzazione e pubblicizzazione.

Dal presupposto che il ricorso alle tecniche di PMA sia essenziale per integrare il fatto tipico, ne consegue che le pratiche di surrogazione che avvengono per via “naturale” (nel senso di “non artificiale”) non rientrano nella fattispecie. L’ipotesi di rapporto sessuale tra padre intenzionale e madre gestante non risulta punibile ai sensi dell’art. 12 c. 6, costituendo, quest’evenienza, un irrimediabile vulnus logico, nell’evidenza della «accentuata degradazione del corpo della donna»²⁷⁸ che però non fa scaturire alcuna responsabilità penale a differenza dell’ipotesi della medesima surrogazione ma praticata attraverso fecondazione in vitro.

Il disvalore associato alla maternità surrogata giace innanzitutto nella «dissociazione tra l’apporto biologico della committente e della gestante»²⁷⁹, che pure si può apprezzare alla luce di un’interpretazione laica e non necessariamente sotto l’egida della dignità umana: questo bene giuridico, più volte richiamato nei lavori parlamentari nonché dalle parole della Corte Costituzionale nella sent. 272/2017, se applicato nel contesto del biodiritto – per sua natura eticamente controverso – è strumentalizzabile a seconda della previa adozione di scelte valoriali²⁸⁰. La dignità che qui si assume violata è quella intesa

²⁷⁶ V. TIGANO, *op. cit.*, 386.

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bua e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, *cit.*, 179.

²⁷⁹ A. VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, *cit.*, 903.

²⁸⁰ D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2017, 83 ss. L’Autore distingue, in particolare, un uso ideologizzato della dignità vuoi come

in senso oggettivo, con cui si intende la non strumentalizzabilità di ogni persona per i fini di un'altra. L'offesa alla dignità è presunta nelle ipotesi di surrogazione di maternità senza che il legislatore inserisca mai una finalità lucrativa, che appunto non è espressa nella fattispecie, anche se l'accostamento alla commercializzazione di gameti o embrioni è stato interpretato nel senso di incorporare nel fatto di maternità surrogata la mercificazione del corpo umano²⁸¹. L'assenza di ogni riferimento letterale depone a favore dell'esclusione della finalità economica come elemento del fatto tipico, dal momento che, per difendere la dignità della donna, «l'offesa sussiste indipendentemente dalla dissociazione biologica della maternità, in quanto si tratta sempre della messa a disposizione del proprio corpo e della propria salute in favore di terzi per un ampio lasso di tempo»²⁸².

Un'ulteriore tentativo di circoscrivere il fatto tipico, oltre a quelli appena affrontati della “combinazione biologica” unita all'utilizzo di tecniche di PMA e della finalità lucrativa, è stato effettuato con riferimento al principio di offensività: perché vi sia punibilità del fatto, la condotta dev'essere concretamente idonea a ledere la dignità della singola madre biologica attraverso la valutazione di elementi di matrice oggettiva (sanitari, psicologici, socio-economici)²⁸³. Anche quest'ultimo tentativo di circoscrizione risulta però incompatibile con l'ordinamento, in presenza delle «impostazioni paternalistiche che invece connotano la giurisprudenza della Corte costituzionale che ipostatizza il bene tutelato dal reato riconoscendogli un'autonoma e rigida meritevolezza di tutela, a prescindere dalla libertà di autodeterminazione della gestante, vista sempre come soggetto da preservare rispetto a possibili condizioni di vulnerabilità»²⁸⁴.

constraint – valorizzando la sua interpretazione oggettiva – vuoi come *empowerment* – mettendo in luce gli aspetti dell'autodeterminazione.

²⁸¹ A. VALLINI, *op. ult. cit.*, 905.

²⁸² M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, *cit.*, 134.

²⁸³ L. SCOLLO, *Maternità surrogata, reato universale e ricadute in ambito sanitario*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2/2024, 145.

²⁸⁴ M. PELISSERO, *op. cit.*, 134.

Si può quindi affermare che «tale difetto di precisione nella formulazione del precetto e la mancanza di elementi in grado di delimitare la fattispecie sollevano più di un dubbio di compatibilità con l'art. 25, c. 2 Cost.»²⁸⁵ e ha comportato una sostanziale inapplicabilità dell'art. 12 c. 6. La giurisprudenza, come visto nel Capitolo II, ha applicato le fattispecie di alterazione di stato *ex art. 567 c. 2 c.p.* e di dichiarazione di falso *ex art. 495 c. 2 n. 1 c.p.*²⁸⁶.

4.2 La cornice sanzionatoria

L'art. 12 c. 6 prevede la pena della reclusione da tre mesi a due anni e la pena pecuniaria della multa da euro seicentomila a euro un milione. Da un lato, la misura della pena detentiva appare «bagatellare», collegata ad un disvalore della condotta di livello medio-basso, mentre la pena pecuniaria risulta «draconiana»²⁸⁷, quasi che il reato fosse offensivo di interessi di natura economica – benché la finalità economica non sia tipizzata nel fatto tipico di maternità surrogata – piuttosto che di beni di natura personalistica e istituzionale²⁸⁸. In ogni caso, la condotta ricade sotto l'applicazione dell'art. 7 n. 5 c.p. a seguito della modifica introdotta con legge 4 novembre 2024, n. 169. Rispetto agli altri delitti per cui è prevista l'analoga previsione della perseguibilità all'estero e, quindi, l'applicazione dell'art. 7 n. 5 c.p., la fattispecie in esame presenta una cornice sanzionatoria sensibilmente inferiore. Prendendo in considerazione le ipotesi previste all'art. 604 c.p., è prevista la punibilità all'estero per due categorie di delitti. In primo luogo, i delitti contro la libertà individuale individuati negli articoli seguenti: art. 600 c.p. (riduzione in schiavitù), art. 600-*bis* (prostituzione minorile), art. 600-*ter* (pornografia minorile), art. 601 c.p. (tratta di persone), art. 601-*bis* (traffico di organi), art. 602

²⁸⁵ M. DOVA, *op. cit.*

²⁸⁶ V. APPENDICE NORMATIVA.

²⁸⁷ 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, cit.*, 8.

²⁸⁸ M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti, cit.*, 135.

(acquisto e alienazione di schiavi), art. 603-*bis* (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro). La seconda categoria è quella dei delitti previste agli articoli seguenti: art. 609-*bis* (violenza sessuale), art. 609-*quater* (atti sessuali con minorenne), art. 609-*quinqies* (corruzione di minorenne), art. 609-*octies* (violenza sessuale di gruppo), art. 609-*undecies* (adescamento di minorenni). Tutte queste fattispecie presentano una grave offensività della condotta che si riflette nella cornice sanzionatoria, anche se non sono le uniche caratterizzate da questa disciplina. Altre norme, come l'art. 501 (Rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio) e l'art. 591 (abbandono di persone minori o incapaci) presentano cornici sanzionatorie inferiori, ma sono egualmente «poste a presidio di interessi con evidente rilievo pubblicistico o comunque attinenti alla sfera più intima della personalità»²⁸⁹. Ne deriva una sostanziale irragionevolezza sull'estensione della punibilità all'estero, dal momento che questa ha riguardato sempre reati gravi o gravissimi, come dimostrato anche dalla previsione dell'art. 9 c. 1 e c. 2 c.p. e dalla parallela introduzione della perseguibilità all'estero della condotta di cui all'art. 12-*bis* del D. Lgs. 286/1998 (testo unico sull'immigrazione)²⁹⁰ ad opera dell'art. 8 c. 1 lett. b) del D. L. 20/2023, convertito con modifiche con la L. 50/2023: in quest'ultimo caso, la punibilità all'estero è prevista per il delitto di morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina, punito con la reclusione da venti a trenta anni²⁹¹.

Se le *rationes* a cui rispondono le fattispecie soggette all'ampliamento della giurisdizione italiana sono la tutela degli interessi statuali, la tutela di interessi di riconosciuto valore universale, o di fattispecie su cui vi è convergenza sulla necessità di controllo penale²⁹², allora l'equiparazione operata dalla L. 169/2024 sul piano della punibilità tra le condotte citate, sanzionate in modo così diseguale e caratterizzate da

²⁸⁹ A. SCHILLACI, *op. cit.*, 164-165.

²⁹⁰ V. APPENDICE NORMATIVA.

²⁹¹ A. SCHILLACI, *op. cit.*, 165. V. anche G.L. GATTA, *op. cit.*, 156 e M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, *cit.*, 142.

²⁹² M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, *cit.*, 141.

ragioni punitive distinte, determina «forti dubbi di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.»²⁹³.

A questo primo difetto di proporzionalità *esterna*, va affiancato il difetto di proporzionalità *interna*: la cornice edittale suesposta è la medesima per le tre condotte di organizzazione, pubblicizzazione e realizzazione, benché la capacità offensiva delle prime due condotte sia difficilmente delineabile, trattandosi di condotte di pericolo indiretto (v. § 4.1). È soltanto la condotta di realizzazione, infatti, a perfezionare la doppia sostituzione materna, che invece non è presente negli atti prodromici della pubblicità e dell'organizzazione: ne consegue un «trattamento punitivo irragionevole e discriminatorio per coloro che vengano giudicati responsabili di avere organizzato o pubblicizzato la pratica, a prescindere dalla sua effettiva esecuzione; e soprattutto per chi abbia agito per motivi puramente solidaristici [...] o per fini propagandistici delle libertà civili»²⁹⁴.

4.3 La perseguibilità all'estero prima e dopo la L. 169/2024

Il regime di perseguibilità all'estero del reato di maternità surrogata commesso dal cittadino prima della modifica della legge 4 novembre 2024, n. 169 seguiva la disciplina prevista dall'art. 9 c. 2 c.p. per i reati puniti con la pena detentiva inferiore nel minimo a tre anni, condizionando la punibilità del fatto alla richiesta del Ministro della giustizia, oltre al requisito implicito della presenza del cittadino nel territorio dello Stato e a quello – controverso – della doppia incriminazione.

Il legislatore ha voluto rendere applicabile l'art. 7 n. 5 c.p., escludendo quindi le condizioni previste dall'art. 9 c. 2 che comunque rendevano già perseguibile all'estero la condotta tipizzata, in particolare sorpassando la necessità della richiesta del Ministro

²⁹³ Ibidem, 166.

²⁹⁴ V. TIGANO, *op. cit.*, 391.

e l'operabilità del principio della doppia incriminazione²⁹⁵. Un altro profilo rilevante è il superamento dell'applicazione della scusante dell'errore inevitabile sulla legge penale. Sia il profilo dell'applicazione della conoscibilità del divieto che quello dell'applicazione dell'art. 9 c. 2 c.p. su richiesta del Ministro hanno un solo precedente nella giurisprudenza di Cassazione. La V sezione penale della Corte di Cassazione, con la sent. 13525/2016²⁹⁶, ha infatti assolto gli imputati perché questi, recatisi all'estero in un Paese in cui la pratica è lecita, non potevano essere consapevoli dell'illiceità del fatto²⁹⁷. Il caso riguarda una coppia che si reca in Ucraina nel 2014 per realizzare una GPA in cui il gamete maschile era del padre mentre quello femminile era di una donatrice, senza legami biologici con la madre gestante. I due genitori intenzionali sono sottoposti a procedimento penale in virtù della richiesta effettuata da un sottosegretario di Stato delegato dal Ministro: è, questo, l'unico caso noto di richiesta del Ministro *ex art. 9 c. 2 c.p.* per il reato di maternità surrogata²⁹⁸. Rispetto alla riserva di doppia incriminazione, la Corte opera un distinguo. Per una prima interpretazione, la giurisdizione extraterritoriale per i delitti comuni sarebbe condizionata alla criminalizzazione del delitto in questione anche nello Stato estero in cui il fatto è commesso. Così, si applicherebbe la disposizione prevista per l'estradizione *ex art. 13 c. 2 c.p.* con un'analogia *in bonam partem* anche nel caso di perseguibilità all'estero dei delitti comuni²⁹⁹. Per una seconda impostazione, la mancanza di doppia incriminazione non osta all'applicazione della legge penale italiana, ma rileva comunque ai fini della scusabilità dell'errore della legge penale interna *ex art. 5 c.p.* come modificato dalla sent. 364/1988 della Corte Costituzionale. Non appare scontata, infatti, la conoscenza del precetto del diritto interno anche negli Stati in cui la medesima condotta non solo non è criminalizzata, ma trova una disciplina legislativa e la collaborazione della pubblica amministrazione, ingenerando nel soggetto agente un affidamento sulla piena corrispondenza al lecito della propria condotta. In adesione a questo secondo approccio,

²⁹⁵ G.L. GATTA, *op. cit.*, 155.

²⁹⁶ C. Cass, V sez. pen., sent. 10 marzo 2016, n. 13525, reperibile in https://archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org/upload/1460017565cass_pen_13525_16.pdf

²⁹⁷ M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, 138.

²⁹⁸ G.L. GATTA, *op. cit.*, 155.

²⁹⁹ F. FILICE, *op. cit.*, 97.

la Cassazione assolve gli imputati per l'inevitabilità dell'errore di diritto, il quale non si determina soltanto tramite i "criteri oggettivi puri" (oscurità o non comprensibilità della legge), ma anche nei casi di incertezza interpretativa: l'inesatta conoscenza del perimetro di applicabilità della doppia incriminazione determina l'affidamento del cittadino sulla liceità della sua condotta conforme alla *lex loci*, nella convinzione che l'assenza della doppia incriminazione precluda l'applicabilità dell'art. 9 c. 2 c.p.

L'introduzione dell'espressa perseguibilità all'estero della fattispecie operata con la legge 4 novembre 2024, n. 169, «non ha infatti alcuna funzione additiva o modificativa dell'assetto penalistico già esistente in materia ma ha evidentemente l'unico fine di superare per via normativa il ragionamento interpretativo fatto proprio dalla n. 13525 del 2016, andando cioè a porre nel precetto stesso la chiarificazione che il divieto si applica, certamente e incondizionatamente, anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano, in modo che non si possa più basare un proscioglimento sulla ritenuta "scusabilità" dell'errore giuridico sul punto»³⁰⁰.

Rimane invece in ogni caso esclusa dalla punibilità il fatto commesso all'estero dallo straniero, dal momento che la fattispecie in esame non rientra nelle cornici edittali previste ex art. 10 c. 1 o c. 2 n. 2 c.p., e non può comunque sussistere un danno nei confronti di un cittadino italiano o di uno straniero in assenza di un soggetto passivo del reato³⁰¹.

4.4 La repressione "universale" del "turismo procreativo": le ragioni della scelta politico-criminale

La *ratio* che spiega la volontà del legislatore di ampliare la perseguibilità delle fattispecie di maternità surrogata all'estero è contenuto nei lavori parlamentari, in cui

³⁰⁰ F. FILICE, *op. cit.*, 99.

³⁰¹ A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, *cit.*, 167-168.

l'intento dei firmatari è quello di reprimere il fenomeno del "turismo procreativo" (o riproduttivo) fuori dai confini nazionali. Come visto poc'anzi, la sostanziale inapplicabilità della norma in esame vede immutati i propri connotati anche dopo la modifica intercorsa con la L. 169/2024. Il mercato della surrogazione rimane intonso, salva la responsabilità penale per i genitori intenzionali cittadini italiani, i quali, dall'entrata in vigore della modifica, si trovano nella condizione di autodenunciarsi quando rivolgono la richiesta di trascrizione dell'atto estero che riconosce loro la genitorialità del bambino, ormai già nato e latore di un'effettiva vita familiare con i genitori d'intenzione. Le radici della scelta di criminalizzazione oltre confine vanno piuttosto rintracciate nelle forme di populismo penale e di panpenalismo che contraddistinguono alcune scelte del legislatore, il quale minaccia la pena in modo meramente simbolico. Di ciò è prova l'ineffettività del precetto penale, in costanza di una pretesa punitiva universale che vive la patente contraddizione di essere imposta unilateralmente: la sperequazione della cornice sanzionatoria rispetto alla quasi totalità degli altri reati per cui è prevista l'applicazione dell'art. 7 n. 5 c.p. costituisce una ferita insanabile inferta alle aspettative dei consociati sulla liceità delle loro condotte all'estero, facendo incombere su di loro un comando etico arbitrario assistito dalla scure della sanzione. Non solo: l'intento di perseguire forme di sfruttamento mal si concilia con un fatto tipico indeterminato e privo di qualificazione dei soggetti attivi. Come visto sopra, la mancata menzione del c. 6 dalle esclusioni della punibilità previste al c. 8 dell'art. 12 della L.40/2004 fa rientrare nell'ambito dei soggetti responsabili, quantomeno a titolo di concorso, anche la madre surrogata. A ciò va aggiunto che le tre fattispecie si denotano per un grado di offensività differente e ciononostante sono accomunate dalla medesima cornice edittale, pur presentando le condotte di pubblicizzazione e organizzazione una messa in pericolo del bene tanto anticipata da far pensare alla categoria del pericolo di pericolo, eludendo i principi di materialità e di offensività.

L'essenza di questa scelta politico-criminale è da rintracciarsi nell'interpretazione del penale come una «religione di massa»³⁰² che vede nella sanzione uno strumento di protezione per il tramite della «sacralizzazione [...] di riti punitivi»³⁰³. La riforma in oggetto è stata portatrice «di una ideologia di tutela penalmente aggravata della donna quale *mater familias*»³⁰⁴, nell'ambito di un più ampio contesto di riforme populistiche, come il decreto anti-rave e il decreto contro gli scafisti dopo la tragedia di Cutro. Così, la legge penale diviene una struttura etica pervasiva, in cui sono individuati i capri espiatori, narcotizzando i bisogni sociali dell'opinione pubblica attraverso la criminalizzazione. L'uso politico del diritto penale fatto piombare su un nemico rende la sanzione un bacino capace di «canalizzare ansie identitarie di comunità sociali imbevute [...] di una «ideologia del guscio»: chiudendosi in se stesse, esse oppongono barricate contro ogni (reale o presunta) minaccia esterna»³⁰⁵. Forme di intervento semplificatorie dei fenomeni, attraverso nuove incriminazioni e la minaccia della prigione, attecchiscono facilmente nell'opinione pubblica e affrontano «nel modo politicamente più redditizio i problemi di sicurezza e assicurazione collettiva»³⁰⁶. L'elemento della pena, infatti, risveglia l'interesse a delimitare i confini dell'identità collettiva di una popolazione in un momento storico determinato, secondo la visione di Georg Jellinek della legge penale come «minimo etico»³⁰⁷ di ogni popolo in un momento storico dato. In senso conforme, anche la teoria di Georg Herber Mead sulla psicologia della giustizia punitiva descrive il diritto penale come baluardo simbolico dei valori la cui trasgressione comporta l'esclusione dalla comunità tradita³⁰⁸. Non si può escludere, dunque, che vi sia «una sorta di meccanismo sotterraneo di psicologia collettiva, tale per cui la punizione si caricherebbe sempre in qualche misura di una valenza [...] 'polemologica' in termini di discriminare tra

³⁰² M. DONINI, *Il penale come religione di massa e l'ennesima riforma della giustizia*, in *Sistema penale*, 2023, 1.

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ Ibidem, 2.

³⁰⁵ G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 97.

³⁰⁶ Ibidem, 98.

³⁰⁷ G. JELLINEK, *Die sozialthische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908.

³⁰⁸ G.H. MEAD, *La psicologia della giustizia punitiva*, 2004, 154 ss.

amici e nemici della comunità sociale»³⁰⁹: è, questa, la funzione di stigmatizzazione sociale della sanzione³¹⁰.

Data l'insuperabilità del nocciolo etico del diritto penale, la questione sollevata da questa norma incriminatrice sta invece nell'indebita espansione paternalistica dello Stato nei confronti dei propri cittadini: ciò che costituisce una deriva patologica non è tanto il tratto simbolico che denota il diritto penale, quanto piuttosto il fatto che il diritto penale divenga «*esclusivamente simbolico*»³¹¹. Una deriva frutto di una visione panpenalistica che fa leva sulla sanzione penale al fine di tutelare un certo tipo di identità nazionale, ideologicamente connotato, scontrandosi con il pluralismo che costituisce l'essenza dello Stato costituzionale di diritto e sfondando gli argini della concezione liberale del diritto penale: il *minimo etico* diventa così il *massimo etico*, in cui si avvera la perfetta coincidenza tra diritto e morale, tra delitto e peccato. Invece, la «specificità moralità del diritto penale *liberale* (quella che lo caratterizza come liberale) è la moralità di un ordinamento conformato da principi di garanzia (principi di legalità, di offensività, di colpevolezza) e dal principio d'uguaglianza, anche nella forma allargata di principio di ragionevolezza e proporzione»³¹².

Il contrasto alle norme paternalistiche viene dal pensiero giuridico liberale. Le teorie di Joel Feinberg³¹³ riconoscono la piena sovranità degli individui su se stessi e tracciano un perimetro di non coercibilità delle scelte auto-dirette che siano dotate del requisito della volontarietà, nella misura in cui *volenti non fit iniuria*: la circostanza per cui l'individuo volontariamente acconsente a una lesione del suo diritto da parte del terzo esclude l'antigiuridicità della condotta. Il fenomeno del paternalismo trova una specifica categorizzazione in Feinberg. In accordo a questa partizione, nel caso in esame si tratta di una forma di paternalismo *hard* sia *diretto* che *indiretto*: *hard* perché limita anche

³⁰⁹ G. FIANDACA, *op. cit.*, 103.

³¹⁰ C. SOTIS, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 14 ss.

³¹¹ *Ibidem*, 15.

³¹² D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 143-144.

³¹³ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, III, 1984.

azioni volontarie da parte dell'agente; *indiretto* perché la surrogazione prevede anche l'intervento di terzi per la realizzazione delle tecniche di PMA, e *diretto* perché viene comunque punita anche la persona alla cui tutela è rivolto il precetto³¹⁴. L'idea dello Stato-padre, che opera al fine di migliorare gli standard morali dei propri cittadini-figli, si esprime anche attraverso la funzione promozionale del diritto penale, di cui non può sfuggire l'ispirazione autoritaria e illiberale³¹⁵. Il concetto di dignità umana, infatti, porta con sé un'ambiguità di fondo, perché può essere richiamato «sia per fondare l'autonomia della persona, sia, al contrario, per negarla alla luce di superiori doveri morali dell'essere umano»³¹⁶: questa ambivalenza va calata nel contesto dei principi costituzionali dell'autodeterminazione, della laicità e del pluralismo che impongono di non coartare le scelte esistenziali alla luce di una certa concezione morale: così il paternalismo, sia nella forma diretta che indiretta, è in contrasto con la Costituzione³¹⁷.

Ove anche la scelta politico-criminale fosse espressione dell'aspettativa etica dei consociati opportunamente trasfusa dal Parlamento nella legislazione, la funzione della pena contenuta nell'art. 27 c. 3 Cost. rimarrebbe la risocializzazione: appare quantomeno dubbio ravvisare un difetto di socializzazione, o un comportamento deviante, nel concittadino che ponga in essere la condotta in ordinamenti che, per ragioni culturali e giuridiche, non attribuiscono il medesimo disvalore dell'ordinamento italiano. Il bisogno di rieducazione è per definizione «*relativo*, cioè da rapportare non già alla “cultura di provenienza”, bensì ai contesti umani entro i quali un soggetto interagisce, e alla scala di valori che quella comunità contingentemente e localmente esprime»³¹⁸. Ritenere in via presuntiva bisognoso di rieducazione il cittadino che tenga una condotta vietata in Italia ma pienamente lecita nell'ordinamento del Paese estero in cui essa avviene tradisce una finalità rieducativa della pena intesa nel senso non di risocializzazione, bensì di

³¹⁴ A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 224-225.

³¹⁵ *Ibidem*, 231.

³¹⁶ A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Archivio penale*, 3/2017, 10-11. V. anche D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, *cit.*, 92.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ A. VALLINI, *op. cit.*, 170.

imposizione di valori, risultando perciò «incompatibile con una lettura laica, personalista, pluralista – perciò relativista – dell’art. 27, 3° co., Cost.»³¹⁹.

4.5 Gli effetti collaterali di una criminalizzazione “universale”

L’interrogativo giuridico posto dalla GPA non attiene soltanto alla sussistenza o meno della capacità lesiva della condotta, alle condizioni di perseguibilità, al principio di colpevolezza e di tassatività. Il grande tema che affiora con urgenza nella giurisprudenza è quello della tutela degli interessi dei bambini nati da GPA, in particolare a vedersi riconosciuta formalmente l’effettiva vita familiare³²⁰. Il legame con i genitori intenzionali, che non può essere ostacolato pena la violazione dell’art. 8 CEDU e dell’art. 3 della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (c.d. Convenzione di New York, 1989), in Italia viene riconosciuto attraverso lo strumento dell’adozione in casi particolari, che viene consentita *ex post* e dopo la verifica giudiziale del rapporto con il genitore d’intenzione. Questo strumento è stato giudicato insufficiente dalla Corte costituzionale, che ne ha fatto oggetto, dopo la sentenza-monito 33/2021, della declaratoria di illegittimità costituzionale della sent. 79/2022 per il mancato riconoscimento del legame di parentela tra adottato e parenti dell’adottante. Questa prima integrazione dell’istituto *ex art.* 44 della L. 184/1983 è stata seguita da una seconda integrazione per via giurisprudenziale, con cui si è superato il problema della necessità dell’assenso del genitore biologico per l’adozione del partner-genitore intenzionale: tale assenso potrebbe mancare in caso di morte o di crisi della coppia. La Cassazione a Sezioni Unite ha chiarito che il principio del preminente interesse del minore a essere adottato non trova un limite nel mancato consenso del genitore biologico, salvo il caso di inesistenza del rapporto di affetto e cura nei confronti del minore, ma rimane ferma sul

³¹⁹ Ibidem.

³²⁰ C. SOTIS, *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione, tra scienza della legislazione e teoria dell’interpretazione*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, a cura di M. GALLI, N. RECCHIA, Editoriale Scientifica, 2023, 139 ss.

principio, più volte ribadito, dell'intrascrivibilità degli atti di nascita stranieri per il limite dell'ordine pubblico³²¹. Questa posizione di chiusura non può che essere rafforzata dalla previsione della perseguibilità all'estero introdotta con la recente modifica legislativa, che pure non sembra idonea a riconfigurare l'assetto giuridico consolidato circa lo *status filiationis* dei minori.

Ciò che appare indiscutibile è che il legislatore ha perso l'occasione di implementare la modifica legislativa che la Corte costituzionale aveva indicato come *indifferibile* nel monito contenuto nella sent. 33/2021, e cioè nella necessaria approvazione di una disciplina dei rapporti di filiazione dei bambini nati da GPA, tuttora cristallizzati nel riconoscimento del genitore biologico e nell'adozione in casi particolari del genitore intenzionale. Inoltre, la coincidenza tra la realizzazione di un progetto familiare così delineato e la punibilità della coppia fa gravare un serio rischio di stigmatizzazione sul figlio nato da GPA. Il «rischio ampiamente validato dalle scienze pediatriche di vittimizzazione secondaria del figlio di un imputato»³²² determina dei danni psichici ed esistenziali a carico del figlio, che, se valutati in sede legislativa per giustificare la criminalizzazione della surrogazione a causa delle asserite ripercussioni della GPA sui figli, sono stati tuttavia negletti con riferimento agli effetti collaterali della scelta del legislatore. Di conseguenza, «la integrale pretermissione di ogni considerazione sul destino e la tutela dell'identità di figli che potranno comunque nascere attraverso il ricorso più o meno clandestino alla GPA è in chiaro contrasto con entrambi i paragrafi dell'art. 3» della Convenzione di New York e dell'art. 8 CEDU³²³. Si verifica perciò una dissociazione tra la legittimità della norma di comportamento – non praticare la GPA – e la legittimità della norma sanzionatoria, «avendo fatto di un bambino un effetto collaterale di un reato»³²⁴.

³²¹ C. Cass., SS. UU., 30 dicembre 2022, n. 38162, reperibile in <https://miolegale.it/sentenze/cassazione-civile-sez-unite-38162-2022/>.

³²² G. LOSAPPIO, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in *Sistema penale*, 2023, 8.

³²³ E. SAVARESE, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero*, cit., 94-95.

³²⁴ C. SOTIS, *op. cit.*, 139 ss.

4.6 Il sindacato di proporzionalità sulla scelta di politica criminale

Il sindacato di proporzionalità delle scelte politico-criminali consta di quattro filtri: 1) la legittimità e non arbitrarietà della finalità pubblica; 2) l'idoneità della scelta di incriminazione alla finalità pubblica individuata; 3) la necessità della limitazione del diritto fondamentale; 4) il bilanciamento tra l'interesse pubblico tutelato e il diritto fondamentale compresso. I primi tre criteri costituiscono il sindacato di proporzionalità *in senso ampio*, mentre il quarto è il sindacato di proporzionalità *in senso stretto*³²⁵.

Lo scopo pubblico perseguito dal legislatore, come detto, è la tutela dallo sfruttamento delle donne gestanti e dei minori nati da GPA: non paiono contestabili la non irrazionalità e la non arbitrarietà di queste finalità. Sul piano dell'idoneità – da intendersi in senso negativo di non inadeguatezza e di non inefficacia – della clausola speciale di personalità attiva introdotta del legislatore nel 2024, bisogna considerare che l'idoneità teorica a prevenire il turismo riproduttivo risulta compromessa nella prassi, a causa del *deficit* di determinatezza del fatto tipico. L'inidoneità maggiore si determina anche sul piano processuale, perché la volontà di prescindere dalla doppia incriminazione può inibire la cooperazione giudiziaria con gli Stati esteri. Queste criticità, tuttavia, «potrebbero essere intese come indici di una non elevata idoneità dell'intervento punitivo, ma non come indici di una sua assoluta inidoneità»³²⁶. La necessità dell'applicazione extraterritoriale della scelta punitiva va valutata secondo il principio di sussidiarietà: è da preferire l'intervento più mite tra quelli in grado di realizzare la finalità pubblica. Lo strumento alternativo già individuato dalla giurisprudenza per disincentivare la pratica di GPA è il divieto di trascrizione dell'atto di nascita straniero per contrarietà all'ordine pubblico. Anche ammettendo la minore efficacia dissuasiva del limite civilistico rispetto alla sanzione penale, va tenuto a mente che la pratica realizzata all'estero da cittadino italiano

³²⁵ V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, cit., 599.

³²⁶ Ibidem, 602.

era comunque perseguibile secondo il dettato dell'art. 9 c. 2 c.p. prima dell'introduzione della clausola speciale. Appare perciò dubbia la necessità della clausola speciale di giurisdizione fondata sulla personalità attiva che sia priva delle condizioni che la legge prevede per i delitti di minore gravità. È però il giudizio della proporzionalità in senso stretto ad offrire i profili critici maggiormente pregnanti. I diritti costituzionali coinvolti nella pratica attengono alla compressione per un verso del diritto alla salute per chi ricorra alla GPA a causa di una patologia che impedisca la riproduzione, e per l'altro dell'interesse a creare una famiglia. Ampliando il divieto oltre i confini territoriali, viene impedito il ricorso ai servizi sanitari dei paesi in cui la GPA è lecita per gli stranieri, limitando ulteriormente il diritto alla salute del cittadino. Se a questo problematico bilanciamento aggiungiamo le gravi ricadute sul piano extrapenale, gli effetti indiretti che intaccano il principio del *best interest of the child* paiono ancora più rilevanti dei diritti fondamentali coartati nei confronti dei destinatari della sanzione. La nascita del minore integra il presupposto principale del fatto tipico³²⁷, ingenerando potenzialmente nel bambino il convincimento di essere la causa delle responsabilità penali dei genitori, oltre ad esporlo alla stigmatizzazione del processo penale e della relativa eco mediatica.

³²⁷ V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., 383-384. Per la C. Cass. sent. 5198/2020, invece, la nascita corrisponde al momento consumativo del reato.

CONCLUSIONI

Parte I

Dubbi di legittimità costituzionale

L'introduzione della clausola speciale di personalità attiva effettuata dal legislatore con la Legge 4 novembre 2024, n. 169 suscita dubbi circa la sua conformità a Costituzione per la contrarietà al principio di rieducazione della pena *ex art. 27 c. 3 Cost.* Perché un soggetto sia punibile, infatti, la sua condotta illecita deve essere almeno colpevole. La colpevolezza, così come esplicita dalla Corte costituzionale nella sent. 364/1988, prevede che il soggetto debba essere bisognoso di essere rieducato in quanto la sua condotta illecita gli è rimproverabile. Nel caso della GPA praticata all'estero da cittadino italiano, tuttavia, c'è almeno un caso in cui il requisito – costituzionalmente necessitato – della rimproverabilità è certamente assente: è l'ipotesi della singola persona o della coppia di cittadini italiani residenti stabilmente all'estero in un Paese in cui la GPA sia lecita, privi di contatti con l'Italia e totalmente all'oscuro della modifica normativa. Sarebbe ancora applicabile, in questo caso, l'errore inevitabile del precetto penale *ex art. 5 c.p.*, poiché il divieto non sarebbe mai entrato nella sfera della conoscibilità dei soggetti agenti, nonostante tra gli intenti del legislatore del 2024 figurasse proprio l'esclusione dell'applicabilità dell'*art. 5 c.p.*

Non basta: i dubbi di costituzionalità della nuova disposizione si intrecciano con quelli che già riguardavano l'*art. 12 c. 6 della L. 40/2004*. Il principio di determinatezza non è pienamente applicato a causa della scarsità rappresentativa del fatto tipico, dove le espressioni di pubblicare, organizzare e realizzare – in assenza di ogni qualificazione soggettiva degli agenti – non si attagliano efficacemente alla realtà del fenomeno. Le condotte di organizzazione e pubblicizzazione fanno riferimento ad una dimensione economica della GPA, senza però limitazioni soggettive ai soggetti attivi né individuando

un dolo specifico di lucro. La condotta di realizzazione sconta poi dubbi ulteriori rispetto alla consumazione: se per la dottrina il momento consumativo va individuato al momento della consegna del nato – così integrando la doppia sostituzione materna – la Cassazione lo ha anticipato al momento della nascita del bambino. Anche il bene giuridico protetto, la dignità della donna e del bambino, si scontra con una sanzione detentiva bassa e con una pecuniaria particolarmente severa, che ci si aspetterebbe da un reato di natura economica più che da un delitto contro la persona.

In sede di opzione politico-criminale, è stato da più parti sostenuto che il legislatore avrebbe dovuto tenere maggiormente in considerazione il principio del miglior interesse del bambino. Tale principio, contenuto della Convenzione Internazionale per i Diritti dell'Infanzia del 1989, è assunto al rango di diritto consuetudinario poiché tale Convenzione è stata sottoscritta da tutte le nazioni del mondo. Perciò, rientra come parametro interposto di costituzionalità per la previsione di cui all'art. 10 Cost. Il principio appena descritto viene violato dall'onta indelebile del crimine, che finisce per gravare sugli innocenti nati da GPA, i quali si trovano ad essere la causa delle responsabilità penali dei genitori e a dover patire le ripercussioni psicologiche del processo penale in capo ai genitori intenzionali, oltre ad avere uno *status filiationis* incompleto a causa della mancata disciplina per il riconoscimento dei nati da GPA. La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 33 del 2021, aveva indicato la via della disciplina al legislatore al fine di raggiungere il minimo costituzionale delle garanzie del minore. Il legislatore non è intervenuto in tal senso e ha mantenuto intatto il *vulnus* legislativo, optando invece per l'ampliamento del fatto di reato: ne deriva un aggravamento delle condizioni dei minori, dal momento che i genitori che ne richiedono il riconoscimento finiscono per esporsi ad un procedimento penale.

Parte II

Invito al futuro legislatore

La pratica della GPA su base commerciale ha degli indubbi connotati di sfruttamento delle madri surrogate. Il Report di Reem Alsalem³²⁸, Rappresentante Speciale sulla violenza contro le donne e le bambine, le sue cause e conseguenze delle Nazioni Unite del 2025 ha fatto emergere una realtà economica vastissima: i dati del 2023 fanno registrare un business dal valore di circa 15 miliardi di dollari, che nelle stime per il 2033 arriva a circa 100 miliardi di dollari. Di questo ammontare, alle madri surrogate viene versata una quota compresa tra il 10 e il 27.5 per cento (§ 6). Le forme di sfruttamento verificate nel Report fanno emergere le condizioni di vessazione e la sottoposizione costante delle donne a forme pervasive di controllo e di violenza di tipo economico, psicologico, fisico e riproduttivo (§§ 25-38), fino ad analizzare casi di riduzione in schiavitù e di traffico delle madri surrogate (§§ 39-40). Le conclusioni del Report esprimono la necessità di uno strumento internazionale che possa controllare il fenomeno³²⁹, oltre ad indicare ai legislatori nazionale la strada di decriminalizzare le madri surrogate e incriminare contestualmente chi ne fa domanda, oltre alle cliniche e alle agenzie che tale domanda agevolano, prendendo come esempio «*the Nordic model for prostitution*» (§ 70 (c)). Il Report, che condanna fermamente la *surrogacy*, sottolinea però la necessità di tutelare il miglior interesse dei bambini nati da GPA³³⁰, consentendo comunque il trasferimento della responsabilità genitoriale dopo la nascita tramite una procedura che sia «*equivalent to normal adoption procedures*» (§ 70 (k)), e sempre ferma la facoltà della madre gestante di riconsiderare il consenso precedentemente espresso (§ 70 (f)).

Ciò premesso, va dato conto della scelta terminologia effettuata nel titolo della tesi. La scelta di utilizzare in sede programmatica la locuzione *gravidanza per altri*, in luogo di quelle più comuni di *maternità surrogata* e di *gestazione per altri*, nasce dalla

³²⁸ R. ALSALEM, *Report of the Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences. The different manifestations of violence against women and girls in the context of surrogacy*, 2025. Reperibile in <https://docs.un.org/en/A/80/158>.

³²⁹ La pratica della *surrogacy* viene descritta come «*characterized by exploitation and violence against women and children, including girls. It reinforces patriarchal norms by commodifying and objectifying women's bodies and exposing surrogate mothers and children to serious human rights violations*» (§ 69).

³³⁰ R. ALSALEM, *cit.*, 22. § 70 (j): «*Ensure that the best interests of the child are the primary consideration in all decisions relating to parentage and care*».

constatazione della connotazione valutativa che informa queste ultime due locuzioni. *Maternità surrogata* esprime, in primo luogo, nel comune significato dell'aggettivo *surrogato*, un senso spregiativo verso chi si surroga nella maternità, così inferendo una ulteriore e innecessaria stigmatizzazione di una potenziale vittima; per altro verso, non consente di cogliere il fenomeno nella sua interezza, perché non è idonea a comprendere i casi in cui a commissionare una GPA sia una coppia omosessuale maschile, in cui non vi sarebbe alcuna *madre da surrogare*. *Gestazione per altri*, invece, elide in principio ogni riferimento alla persona della madre gestante, riducendo così la gravidanza a una mera funzione. Dal punto di vista interpretativo, non secondariamente, entrambe le locuzioni presentano un'impostazione valutativa previa che esprime l'orientamento di chi ne fa uso: più restrittiva e incline al divieto la prima, più libertaria e favorevole alla legalizzazione della pratica la seconda. In questo bipolarismo, sovente dimentico della importanza degli interessi in gioco – da una parte la dignità della donna e del bambino, dall'altra la libertà di autodeterminazione – occorre trovare una soluzione terza idonea a formalizzare nominalmente il fenomeno in maniera laica e imparziale. A tale scopo è parsa particolarmente efficace la locuzione *gravidanza per altri*, in cui «componente essenziale resta *l'esperienza relazionale irriducibile della gravidanza*, che non può essere messa in ombra né recisa neppure dalla eventuale alterità dei gameti al corpo della madre gestante: il corpo gravido per nove mesi è una *donna che intesse una relazione* ed in quanto tale si tratta di una esperienza che non può essere rimossa o sottovalutata»³³¹.

Tutto ciò considerato, occorre formulare un invito al futuro legislatore perché circoscriva il fatto di reato esclusivamente alle condotte che presentano una lesione della dignità della donna, offrendo una tipizzazione che incrimini i soggetti intermediari che sfruttano sistematicamente le madri surrogate con finalità di lucro e i medici che realizzano le tecniche di PMA, escludendo dalla punibilità le madri surrogate, trasformando il delitto da comune a proprio. Appare poi opportuno adottare la terminologia di *gravidanza per altri a fini commerciali*, che meglio descrive il fenomeno,

³³¹ B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 195.

in luogo di quella di *maternità surrogata*. Inoltre, andrebbe individuata una causa di esclusione della punibilità se il fatto è commesso a fini solidaristici, così da bilanciare l'interesse collettivo alla tutela della dignità in senso oggettivo con l'interesse individuale all'autodeterminazione, intesa come dignità in senso soggettivo. In questa prospettiva, ma con differenti modulazioni, si sottolineano due proposte: la prima, la riforma dei delitti contro la persona del Gruppo di Ricerca per la riforma dei reati contro la persona; la seconda, la proposta di legge presentata nella XVIII Legislatura (A.C. 3016), depositata a firma Termini e altri, e sostenuta anche dall'Associazione "Luca Coscioni"³³².

Il Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona³³³, nato all'interno dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale, ha individuato diverse soluzioni. La prima consiste in una formulazione di un reato di dissociazione della maternità, che elimina ogni locuzione sintetica – e perciò indeterminata – in favore di un'estesa tipizzazione del fatto, che prevede più fattispecie di reati propri, per l'intermediario e per il medico: il fatto incrimina soltanto le ipotesi di surrogazione totale, in cui cioè sia totalmente assente il legame genetico con la madre gestante. Il caso della surrogazione parziale non è invece punibile penalmente come dissociazione naturale della maternità, ma rileva soltanto nella fase dell'illegittimo affidamento del minore. Accanto a queste fattispecie, vi sono le incriminazioni dell'accordo sia per la donna committente che per la gestante, con una causa di non punibilità per quest'ultima ove si trovasse in condizioni di vulnerabilità. Questa proposta lascia fuori dal fatto tipico le condotte dell'uomo singolo o della coppia omosessuale maschile che commissioni la gravidanza, sin dalla programmatica definizione del titolo di reato (dissociazione di maternità). L'interesse protetto, qui, è infatti «l'interesse a impedire l'insorgere di conflitti morali e

³³² Camera dei Deputati, Proposta di Legge n. 3016, d'iniziativa dei Deputati Termini, Frailis, Fratoianni, Magi, Mammi, Penna, Sarli, Segneri, Siragusa, *Disciplina della gravidanza solidale e altruistica*, 13 aprile 2021. Reperibile in: <http://documenti.camera.it/leg18/pdf/pdf/leg.18.pdl.camera.3016.18PDL0139750.pdf>.

³³³ La proposta è reperibile in: <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/La-riforma-dei-delitti-contro-la-persona/Reati-dolosi-contro-la-vita-e-l-integrit-fisica-coordinatoridel-gruppo-proff-Roberto-Bartoli-e-Antonio-Vallini/>. V. in particolare A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, 6-7.

giuridici tra due donne [...]»³³⁴. La seconda proposta individua come offesa l'accordo tra committente e gestante in un reato di contrattazione per fini procreativi, che incrimina le condotte negoziali di corresponsione o la promessa di denaro o altra utilità da parte del committente e la ricezione o accettazione della donna gestante, per portare a termine la gravidanza per il committente a cui consegnerà il nato. Il bene giuridico tutelato è qui la donna oggetto della commercializzazione e accantona il riferimento alla dissociazione di maternità. Questa proposta prevede un reato comune, comprendendo quindi anche l'uomo singolo o la coppia omosessuale maschile, nella forma di un reato-contratto: emergono tuttavia dei dubbi circa la concreta offensività del mero fatto di retribuire una donna al fine di realizzare una gravidanza, avvenuta in maniera naturale e secondo volontà³³⁵. La terza proposta, infine, è quella di non prevedere una fattispecie penale autonoma per la GPA, sia come contratto che come applicazione delle tecniche di PMA, riformando invece le fattispecie di illecito affidamento del minore di cui all'art. 71 della L. 184/1983 e quella di alterazione di stato civile mediante falsità *ex art.* 567 c. 2 c.p., così da incriminare le condotte che eseguono gli accordi di GPA: questa soluzione, però, finirebbe per essere superflua ove il legislatore disciplinasse – sulla via indicata dalla Corte costituzionale – lo stato civile del nato da GPA attribuendo lo stato di genitori ai committenti³³⁶.

La proposta di legge a firma *Termini e altri*, presentata il 13 aprile 2021 e intitolata *Disciplina della gravidanza solidale e altruistica*, prevede «una soluzione per i soggetti singoli o per le coppie che, a causa della loro sterilità e/o infertilità, non possono concepire o portare a termine una gravidanza per ragioni medico-fisiologiche o per situazioni personali, di carattere psicologico o sociali»³³⁷. La proposta prevede l'istituzione di un modello regolatorio in sostituzione di quello proibizionistico vigente, sul modello del Regno Unito, del Canada e della Grecia, e in contrapposizione al modello che legalizza la GPA su base commerciale, come in alcuni Stati degli Stati Uniti d'America e in

³³⁴ V. TIGANO, *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona*, in *Archivio Penale*, 3/2022, 24.

³³⁵ *Ibidem*, 26.

³³⁶ *Ibidem*, 29-30.

³³⁷ Camera dei Deputati, *cit.*, 1.

Ucraina. È previsto il divieto di utilizzo del patrimonio genetico della gestante, in modo che l’embrione impiantato sia formato dai gameti di donatori, di uno o di entrambi i componenti della coppia. Sono anche indicati alcuni requisiti per la madre gestante allo scopo di evitare ogni forma di sfruttamento. Viene disciplinato lo *status filiationis* dei nati da GPA sia in territorio nazionale che straniero, inclusi i casi di nati in Paesi che legittimano la GPA su base commerciale. Rimane ferma la disciplina dell’art. 12 c. 6 della L. 40/2004 per quanto riguarda la GPA realizzata a fini commerciali. In una versione successiva della proposta, pubblicata nel 2023 dall’Associazione “Luca Coscioni”, è prevista anche la modifica al codice penale all’art. 600 c.p.: la norma prevede l’ampliamento della fattispecie di riduzione o mantenimento in schiavitù con l’aggiunta dopo le parole “costringendola a prestazioni lavorative o sessuali” delle parole “o a portare avanti una gravidanza per altri”³³⁸.

In conclusione, si rende necessaria l’approvazione di una disciplina apposita per il riconoscimento dei figli nati da GPA, sulla scorta di quanto indicato dalla Corte Costituzionale nel 2021, in modo tale da riconoscere adeguatamente il principio del *best interests of the child*, come richiesto dalla giurisprudenza della CEDU e più recentemente dall’Organizzazione per le Nazioni Unite³³⁹: è compito del legislatore superare il modello proibizionistico attualmente in vigore, con l’adozione di una disciplina autonoma e maggiormente bilanciata in grado di ponderare tutti gli interessi di rango costituzionale senza escluderne alcuno, «nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all’attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»³⁴⁰.

³³⁸ Associazione “Luca Coscioni”, Proposta di Legge, *Disciplina della gravidanza per altri solidale*, 2023, 26. Reperibile in: <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2023/05/29-MAGGIO-2023-Gravidanza-per-altri-solidale-Ass.-Luca-Coscioni-Altri.docx.pdf>.

³³⁹ R. ALSALEM, *cit.*, §§ 66-70, 21-23.

³⁴⁰ C. cost., 33/2021, punto 5.9 del cons. in dir., in G.U. 1° s.s. – Corte Costituzionale n. 10 del 10-3-2021.

APPENDICE NORMATIVA³⁴¹

I. Art. 12 della legge n. 40/2004.

1. Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro (1).
2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.
3. Per l'accertamento dei requisiti di cui al comma 2 il medico si avvale di una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti. In caso di dichiarazioni mendaci si applica l'articolo 76, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

³⁴¹ La presente appendice compendia le norme citate in ordine di apparizione. È stata compilata utilizzando codici civili e penali aggiornati, e la sitografia seguente:
<https://www.normattiva.it/>, <https://www.brocardi.it/>,
[https://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/documentazione/Convention_ITA.p](https://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/documentazione/Convention_ITA.pdf)
[df, https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione](https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione).

4. Chiunque applica tecniche di procreazione medicalmente assistita senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'articolo 6 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.
5. Chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle di cui all'articolo 10 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro.
6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana (2).
7. Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.
8. 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.
9. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7.

10. L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata.

(1) La Corte Costituzionale, con sentenza 9 aprile - 10 giugno 2014, n. 162 ha

dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo, comma 1, "nei limiti di cui in motivazione".

(2) Il comma 2 è stato modificato dall'art. 1, comma 1 della L. 4 novembre 2024, n. 169.

II. Art. 64 della legge n. 218/1995 (Riconoscimento di sentenze straniere).

1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando:

a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano;

b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa;

c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge;

d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata;

e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato;

- f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero;
- g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico.

III. Art. 65 della legge n. 218/1995 (Riconoscimento di provvedimenti stranieri).

1. Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa.

IV. Art. 269 c.c. (Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità).

1. La paternità e la maternità possono essere giudizialmente dichiarate nei casi in cui il riconoscimento è ammesso.
2. La prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo.
3. La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre.
4. La sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità.

V. Art. 4 della legge n. 40/2004 (Accesso alle tecniche).

1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico. (1)
2. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi:
 - a) gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività;
 - b) consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6.
3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. (2)

(1) La Corte Costituzionale, con sentenza 14 maggio - 5 giugno 2015, n. 96 (in G.U. 1^a s.s. 10/6/2015, n. 23), ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche".

(2) La Corte Costituzionale, con sentenza 9 aprile - 10 giugno 2014, n. 162 (in G.U. 1^a s.s. 18/06/2014, n. 26) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo, comma 3, "nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili".

VI. Art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (Diritto al rispetto della vita privata e familiare).

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.
2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

VII. Art. 567 c.p. (Alterazione di stato).

1. Chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile è punito con la reclusione da tre a dieci anni.

2. Si applica la reclusione [da cinque a quindici anni] (1) a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

(1) La Corte Costituzionale con sentenza n. 236 del 10 novembre 2016 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il secondo comma dell'art. 567 nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni.

VIII. Art. 495 c.p. (Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri).

1. Chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione da uno a sei anni (1).
2. La reclusione non è inferiore a due anni:
 - 1) se si tratta di dichiarazioni in atti dello stato civile;
 - 2) se la falsa dichiarazione sulla propria identità, sul proprio stato o sulle proprie qualità personali è resa all'autorità giudiziaria da un imputato o da una persona sottoposta ad indagini, ovvero se, per effetto della falsa dichiarazione, nel casellario giudiziale una decisione penale viene iscritta sotto falso nome.

(1) La Corte Costituzionale, con sentenza 6 aprile 2023, n. 111, ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 495, primo comma, del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità della

persona sottoposta alle indagini o dell'imputato che, richiesti di fornire le informazioni indicate nell'art. 21 norme att. cod. proc. pen. senza che siano stati loro previamente formulati gli avvertimenti di cui all'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., abbiano reso false dichiarazioni".

IX. Art. 72 della legge n. 184/1983.

1. Chiunque, per procurarsi danaro o altra utilità, in violazione delle disposizioni della presente legge, introduce nello Stato uno straniero minore di età perché sia definitivamente affidato a cittadini italiani è punito con la reclusione da uno a tre anni.
2. La pena stabilita nel precedente comma si applica anche a coloro che, consegnando o promettendo danaro o altra utilità a terzi, accolgono stranieri minori di età in illecito affidamento con carattere di definitività. La condanna comporta l'inidoneità a ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare.

X. Art. 43 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Rinvio dinnanzi alla Grande Camera).

1. Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera.
2. Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di

interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale.

3. Se il collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza.

XI. Art. 263 c.c. (Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità).

1. Il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto o da chiunque vi abbia interesse.
2. L'azione è imprescrittibile riguardo al figlio.
3. L'azione di impugnazione da parte dell'autore del riconoscimento deve essere proposta nel termine di un anno che decorre dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Se l'autore del riconoscimento prova di aver ignorato la propria impotenza al tempo del concepimento, il termine decorre dal giorno in cui ne ha avuto conoscenza; nello stesso termine, la madre che abbia effettuato il riconoscimento è ammessa a provare di aver ignorato l'impotenza del presunto padre. L'azione non può essere comunque proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento (1).
4. L'azione di impugnazione da parte degli altri legittimati deve essere proposta nel termine di cinque anni che decorrono dal giorno dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita. Si applica l'articolo 245.

(1) La Corte Costituzionale, con sentenza 12 maggio - 25 giugno 2021, n. 133 ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 263, terzo comma, codice civile, come modificato dall'art. 28, comma 1, del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), nella parte in cui non prevede che, per l'autore del riconoscimento, il termine annuale per proporre l'azione di impugnazione decorra dal giorno in cui ha avuto conoscenza della non paternità".

XII. Art. 2 Cost.

1. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

XIII. Art. 3 Cost.

1. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.
2. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

XIV. Art. 30 Cost.

1. È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.
2. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.
3. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.
4. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.

XV. Art. 31 Cost.

1. La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose.
2. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.

XVI. Art. 117 comma 1 Cost.

1. La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

XVII. Art. 44 comma 1 della legge n. 184/1983.

1. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7:
 - a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre;
 - b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;
 - c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre;
 - d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

XVIII. Art. 18 del D.P.R. 396/2000 (Casi di intrascrivibilità)

1. Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico.

XIX. Art. 2 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

1. Gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione e a garantirli a ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione

finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza.

2. Gli Stati parti adottano tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari.

XX. Art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.
2. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati.
3. Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi e istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle autorità competenti in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo.

XXI. Art. 7 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

1. Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi.
2. Gli Stati parti vigilano affinché questi diritti siano attuati in conformità con la loro legislazione nazionale e con gli obblighi che sono imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia, in particolare nei casi in cui, se ciò non fosse fatto, il fanciullo verrebbe a trovarsi apolide.

XXII. Art. 8 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

1. Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali
2. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile.

XXIII. Art. 9 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

1. Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori

maltrattino o trascurino il fanciullo, oppure se vivano separati e una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo.

2. In tutti i casi previsti al paragrafo 1 del presente articolo, tutte le parti interessate devono avere la possibilità di partecipare alle deliberazioni e di far conoscere le loro opinioni.
3. Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo.
4. Se la separazione è il risultato di provvedimenti adottati da uno Stato parte, come la detenzione, l'imprigionamento, l'esilio, l'espulsione o la morte (compresa la morte, quale che ne sia la causa, sopravvenuta durante la detenzione) di entrambi i genitori o di uno di essi, o del fanciullo, lo Stato parte fornisce dietro richiesta ai genitori, al fanciullo oppure, se del caso, a un altro membro della famiglia, le informazioni essenziali concernenti il luogo dove si trovano il familiare o i familiari, a meno che la divulgazione di tali informazioni possa mettere a repentaglio il benessere del fanciullo. Gli Stati parti vigilano inoltre affinché la presentazione di tale domanda non comporti di per sé conseguenze pregiudizievoli per la persona o per le persone interessate.

XXIV. Art. 18 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

1. Gli Stati parti faranno del loro meglio per garantire il riconoscimento del principio secondo il quale entrambi i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l'educazione del fanciullo e il provvedere al suo sviluppo. La responsabilità di allevare il fanciullo e di provvedere al

suo sviluppo incombe innanzitutto ai genitori oppure, se del caso, ai suoi tutori legali i quali devono essere guidati principalmente dall'interesse preminente del fanciullo.

2. Al fine di garantire e di promuovere i diritti enunciati nella presente Convenzione, gli Stati parti accordano gli aiuti appropriati ai genitori e ai tutori legali nell'esercizio della responsabilità che incombe loro di allevare il fanciullo e provvedono alla creazione di istituzioni, istituti e servizi incaricati di vigilare sul benessere del fanciullo.
3. Gli Stati parti adottano ogni appropriato provvedimento per garantire ai fanciulli i cui genitori lavorano il diritto di beneficiare dei servizi e degli istituti di assistenza all'infanzia, per i quali essi abbiano i requisiti necessari.

XXV. Art. 24 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (Diritti del bambino).

1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità.
2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente.
3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

XXVI. Art. 564 c.p. (Incesto)

1. Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.
2. La pena è della reclusione da due a otto anni nel caso di relazione incestuosa.
3. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, se l'incesto è commesso da persona maggiore di età, con persona minore degli anni diciotto, la pena è aumentata per la persona maggiorenne.
4. La condanna pronunciata contro il genitore importa la perdita della responsabilità genitoriale o della tutela legale.

XXVII. Art. 9 della legge n. 40/2004 (Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre).

1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice. (1)
2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di

non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

3. 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.
(1)

(1) La Corte Costituzionale, con sentenza 9 aprile - 10 giugno 2014, n. 162 (in G.U. 1ª s.s. 18/06/2014, n. 26) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo, commi 1 e 3, "limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»".

XXVIII. Art. 55 della legge n. 184/1983.

1. Si applicano al presente capo le disposizioni degli articoli 293, 294, 295, 299, 300 e 304 del codice civile (1) (2).

(1) La Corte Costituzionale, con sentenza 23 febbraio - 28 marzo 2022 n. 79 (in G.U. 1ª s.s. 30/03/2022 n. 13), ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante".

(2) La Corte Costituzionale, con sentenza 22 ottobre - 30 dicembre 2025, n. 210 (in G.U. 1ª s.s. 31/12/2025, n. 53), ha dichiarato "l'illegittimità

costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), in relazione all'art. 299, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non consente all'adottando di assumere, con la sentenza di adozione del minore d'età, il solo cognome dell'adottante, se i consensi e gli assensi di cui agli artt. 45 e 46 della legge n. 184 del 1983 sono favorevoli a tale effetto e se esso risponde all'interesse del minore".

XXIX. Art. 300 c.c. (Diritti e doveri dell'adottato).

1. L'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia di origine, salve le eccezioni stabilite dalla legge.
2. L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge.

XXX. Art. 6 c.p. (Reati commessi nel territorio dello Stato).

1. Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana.
2. 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.

XXXI. Art. 3 c.p. (Obbligatorietà della legge penale).

1. La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale.
2. La legge penale italiana obbliga altresì tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano all'estero, ma limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale.

XXXII. Art. 7 c.p. (Reati commessi all'estero).

1. È punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluni dei seguenti reati:
 - 1) delitti contro la personalità dello Stato italiano;
 - 2) delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto;
 - 3) delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano;
 - 4) delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni;
 - 5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana.

XXXIII. Art. 583-*bis* c.p. cc. 1-3 (Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili).

1. Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. Ai fini del presente articolo, si intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione

e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo.

2. Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre a sette anni. La pena è diminuita fino a due terzi se la lesione è di lieve entità.
3. La pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso per fini di lucro. (...)

XXXIV. Art. 604 c.p. (Fatto commesso all'estero).

1. Le disposizioni di questa sezione nonché quelle previste dagli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqües*, 609-*octies* e 609-*undecies* si applicano altresì, quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero da cittadino straniero in concorso con cittadino italiano. In quest'ultima ipotesi il cittadino straniero è punibile quando si tratta di delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e quando vi è stata richiesta del Ministro di grazia e giustizia.

XXXV. Art. 8 c.p. (Delitto politico commesso all'estero)

1. Il cittadino o lo straniero, che commette in territorio estero un delitto politico non compreso tra quelli indicati nel numero 1 dell'articolo precedente, è punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro della giustizia.

2. Se si tratta di delitto punibile a querela della persona offesa, occorre, oltre tale richiesta, anche la querela.
3. Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici.

XXXVI. Art. 9 c.p. (Delitto comune del cittadino all'estero)

1. Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato.
2. Se si tratta di delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia ovvero a istanza o a querela della persona offesa.
3. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, qualora si tratti di delitto commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia, sempre che l'estradizione di lui non sia stata concessuta, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto.
4. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, la richiesta del Ministro della giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa non sono

necessarie per i delitti previsti dagli articoli 320, 321, 346 *bis*, 648 e 648 *ter*.1.

XXXVII. Art. 17 dello Statuto della Corte Penale Internazionale (Issues of admissibility).

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:
 - (a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;
 - (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;
 - (c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3;
 - (d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.
2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:
 - (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;

(b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;

(c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

3. In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.

XXXVIII. Art. 6 dello Statuto della Corte Penale Internazionale (Genocide).

1. For the purpose of this Statute, “genocide” means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:
 - (a) Killing members of the group;
 - (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
 - (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
 - (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
 - (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

XXXIX. Art. 7 dello Statuto della Corte Penale Internazionale (Crimes against humanity).

1. For the purpose of this Statute, “crime against humanity” means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:
 - (a) Murder;
 - (b) Extermination;
 - (c) Enslavement;
 - (d) Deportation or forcible transfer of population;
 - (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;
 - (f) Torture;
 - (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;
 - (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;
 - (i) Enforced disappearance of persons;
 - (j) The crime of apartheid;
 - (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.
2. For the purpose of paragraph 1:
 - (a) “Attack directed against any civilian population” means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack;

- (b) “Extermination” includes the intentional infliction of conditions of life, inter alia the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population;
- (c) “Enslavement” means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children;
- (d) “Deportation or forcible transfer of population” means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law;
- (e) “Torture” means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions;
- (f) “Forced pregnancy” means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy;
- (g) “Persecution” means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;
- (h) “The crime of apartheid” means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime;
- (i) “Enforced disappearance of persons” means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence

of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time.

3. For the purpose of this Statute, it is understood that the term “gender” refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term “gender” does not indicate any meaning different from the above.

XL. Art. 8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale (War crimes)

1. The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.
2. For the purpose of this Statute, “war crimes” means:
 - (a) Grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention: (...)
 - (b) Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts: (...)
 - (c) In the case of an armed conflict not of an international character, serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts committed against persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention or any other cause: (...)
 - (d) Paragraph 2 (c) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and

tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature.

(e) Other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character, within the established framework of international law, namely, any of the following acts: (...)

(f) Paragraph 2 (e) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. It applies to armed conflicts that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups.

3. Nothing in paragraph 2 (c) and (e) shall affect the responsibility of a Government to maintain or re-establish law and order in the State or to defend the unity and territorial integrity of the State, by all legitimate means.

XLI. Art. 8 *bis* dello Statuto della Corte Penale Internazionale (Crime of aggression).

1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.
2. For the purpose of paragraph 1, “act of aggression” means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with

the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression:

- (a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;
- (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;
- (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;
- (d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;
- (e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;
- (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;
- (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.

XLII. Art. 12-*bis* del D. Lgs. 286/1998 (Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina).

1. Chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o in qualunque modo effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, quando il trasporto o l'ingresso sono attuati con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o sottoponendole a trattamento inumano o degradante, è punito con la reclusione da venti a trenta anni se dal fatto deriva, quale conseguenza non voluta, la morte di più persone. La stessa pena si applica se dal fatto derivano la morte di una o più persone e lesioni gravi o gravissime a una o più persone.
2. Se dal fatto deriva la morte di una sola persona, si applica la pena della reclusione da quindici a ventiquattro anni. Se derivano lesioni gravi o gravissime a una o più persone, si applica la pena della reclusione da dieci a venti anni.
3. Nei casi di cui ai commi 1 e 2, la pena è aumentata quando ricorre taluna delle ipotesi di cui all'articolo 12, comma 3, lettere a), d) ed e). La pena è aumentata da un terzo alla metà quando concorrono almeno due delle ipotesi di cui al primo periodo, nonché nei casi previsti dall'articolo 12, comma 3-ter.
4. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui al comma 3, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

5. Si applicano le disposizioni previste dai commi 3-quinquies, 4, 4-bis e 4-ter dell'articolo 12.
6. Fermo quanto disposto dall'articolo 6 del codice penale, se la condotta è diretta a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, il reato è punito secondo la legge italiana anche quando la morte o le lesioni si verificano al di fuori di tale territorio.

BIBLIOGRAFIA

- N. ABBAGNANO, G. FORNERO, *Percorsi di filosofia. Storie e temi*, Vol. 3A, Pearson, 2012.
- R.S. AITALA, *Diritto internazionale penale*, Le Monnier Università, 2021. Risorsa consultata online sulla piattaforma <https://www.perlego.com/>.
- R. ALSALEM, *Report of the Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences. The different manifestations of violence against women and girls in the context of surrogacy*, 2025. Reperibile in <https://docs.un.org/en/A/80/158>.
- E. AMATI, P. CAROLI, M. COSTI, E. FRONZA, E. MACULAN, A. PIZZUTI, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, 2025.
- F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore: la Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018.
- F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La L. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, in "Sovranità, Federalismo, Diritti", Editoriale Scientifica, 2020.
- F. BANDOLI, F. CHIAROMONTE, *La gpa e la "politica Terza" del femminismo*, in *Centro per la Riforma dello Stato*, 2024.
- R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2016.
- A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Foro italiano, 1975.

G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021.

R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, IV ed., 2025.

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, 1965.

J. BENTHAM, *Principes de législation*, in *Traité de la législation civile et pénale*, Hauman, 1840.

G. BERLINGUER, V. GARRAFA, *La merce finale. Saggio sulla compravendita di parti del corpo umano*, 1996.

R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2021.

N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Morano, 1965.

N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Einaudi, 1999.

E. BRAKE, J. MILLUM, *Parenthood and Procreation*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2021.

M. BRAZIER, A. CAMPBELL, S. GOLOMBOK, *Surrogacy – Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation, Report of the Review Team Cm 4068*, HMSO, 1998.

B. BRECHER, *Surrogacy, Liberal Individualism, and the Moral Climate*, in J.D.G. EVANS, *Moral Philosophy and Contemporary Problems*, Cambridge University Press, 1988.

P. F. BRESCIANI, *La costituzionalizzazione del potere di punire: Critica della Costituzione penale*, Bologna University Press, 2026.

E. BRUSA, *Prolegomeni al diritto penale*, Kessinger Publishing, 2009 (1888).

A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011.

- C. CANTONE, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale e il 'modello italiano' tra presente e futuro*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2022.
- C. CAPORALE, A. MASSARENTI, A. M. PETRONI, S. RODOTÀ, *Così aumentano le "chances" della vita*, in *Bioetica*, 1998.
- A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Archivio penale*, 3/2017.
- A. CAVARERO, O. GUARALDO, *Donne si nasce (e qualche volta lo si diventa)*, Mondadori, 2024.
- Congregazione per la dottrina della fede, *Donum vitae: Istruzione sul rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 1987.
- K. E. CHENEY, *International commercial surrogacy: Beyond feminist conundrums and the child as product*, in R. ROSEN, K. TWAMLEY, *Feminism and the Politics of Childhood*, UCL Press, 2018.
- I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Giuffrè, 2000.
- I. CORTI, *Gravidanza per altri e reato "universale": quali effetti su bimbe e bimbi, mamme e papà?*, in *GenIUS*, 2/2023.
- J. DAMELIO, K. SORENSEN, *Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy*, in *Bioethics*, 2008.
- A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Giappichelli, 2006.
- A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive: Autodeterminazione, salute, dignità*, Mimesis Edizioni, 2020.
- E. DOLCINI, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *notizie di POLITEIA*, 2014.

- M. DONINI, *Il penale come religione di massa e l'ennesima riforma della giustizia*, in *Sistema penale*, 2023.
- M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 3/2015.
- G. DWORKIN, *Paternalism*, in R. SARTORIUS, *Paternalism*, University of Minnesota Press, 1983.
- G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, *L'età moderna*, il Mulino, 1968.
- O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019.
- S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2/2017.
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1996.
- L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, 2021.
- F. FERRARI, «*La giurisprudenza non è fonte del diritto*». *Nota a SS.UU. n. 31862 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in *federalismi.it*, 2023.
- G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 97.
- F. FILICE, *La nuova incriminazione della gestazione per altri. Problematiche definitorie e interpretative*, in *GenIUS*, 2/2023.
- S. FIRESTONE, *The Dialectic of Sex*, W. Morrow and co., 1970.
- L. FRANCIS, *Feminist Philosophy of Law*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2025.
- M. FREEMAN, *Is surrogacy exploitative?*, in S.A.M. MCLEAN, *Legal Issue in Human Reproduction*, Essex, 1989.

- E. FRONZA, C. MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice*, 20/2022.
- P. GAETA, J.E. VIÑUALES, S. ZAPPALÀ, *Cassese's International Law*, Oxford University Press, 2020.
- A.M. GALLO, *La surrogazione di maternità come reato universale e alcuni obblighi internazionali dell'Italia*, in *La comunità internazionale*, 3/2022.
- G.L. GATTA, *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, 5/2023.
- M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *giudicedonna.it*, 1/2017.
- G. GENTILE, *Introduzione alla filosofia*, Sansoni, 1958.
- A.G. GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, nella collana "Diritto | Prospettive", Aracne, 2020.
- U. GROZIO, *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace*, Zanichelli, 1961.
- L. GUIZZARDI, *Famiglie nate dalla surrogacy e vulnerabilità: alcuni percorsi di analisi*, in *Politica del diritto*, 2/2021.
- T. HOBBS, *Leviatano*, Laterza, 2000.
- I. KANT, *Per la pace perpetua, Introduzione*, BUR, 2003.
- I. KANT, *Idea per una storia universale in prospettiva cosmopolitica*, Mimesis, 2015, 65.
- I. KANT, *La metafisica dei costumi, Dottrina del diritto*, Laterza, 2024.
- V. KANTSA, *Reproductive Heterosexism: Assisted Reproduction and Family Making in the "Best Interests of the Child" in Greece*, in S. FRANKLIN, M.C. INHORN, *The New Reproductive Order*, NYC Press, 2025.

M. LA MANNA, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, 2020.

E. LA ROSA, *Maternità surrogata*, in “Diritto on line”, Enciclopedia Treccani, 2017. Reperibile in https://www.treccani.it/enciclopedia/maternita-surrogata_%28Diritto-on-line%29/.

E. LECALDANO, *Bioetica: le scelte morali*, Laterza, 2005

K. B. LIEBER, *Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?*, in *Indiana Law Journal*, 1992.

J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, BUR, 2019.

J. LONG, Best interests of the child, *maternità per surrogazione e trascrizione degli atti di nascita stranieri*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2023.

R. LOPEZ, *L'Italia e la mancata repressione dei crimini internazionali*, in *Processo penale e giustizia*, 2/2024.

G. LOSAPPIO, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in *Sistema penale*, 2023.

S. MANACORDA, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2022.

S. MANACORDA, M. COLACURCI, *Il “reato universale”? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano*, in *Archivio Penale*, 3/2024.

G. MANIACI, *Argomenti pro e contro la legalizzazione della gestazione per altri*, in *Diritto e questioni pubbliche*, XXII, 2022

G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, 2012

A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come “reato universale”*, in *Sistema Penale*, 2023.

- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*, Giuffrè, 2023.
- C. MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in *federalismi.it*, 22/2021.
- G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.
- D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2009.
- M. MORI, *La fecondazione artificiale: Questioni morali nell'esperienza giuridica*, 1988.
- M. MURGIA, *Dare la vita*, Rizzoli, 2024
- D. NERI, *Sugli usi del concetto di dignità umana in bioetica e in biodiritto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2017.
- S. OSELLA, *Surrogazione, multidisciplinarietà, e diritto comparato. Una proposta di ricerca (molto informale)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2023.
- A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003.
- F. PALAZZO, *Crimini internazionali e giurisdizione interna*, in *Diritto penale e processo*, 2/2024.
- L. PAOLOZZI, *Gpa, le tante voci del femminismo*, in *Centro per la Riforma dello Stato*, 2024.
- P. PARKER, *Surrogate Motherhood: The Interaction of Litigation, Legislation and Psychiatry*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 1982.
- C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, Editori Riuniti, 1997.
- 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*, 2021.

M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2025.

B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017.

V. PIERSANTI, F. CONSALVO, F. SIGNORE, A. DEL RIO, S. ZAAMI, *Surrogacy and "Procreative Tourism". What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives?*, in *Medicina*, 2021.

T. PITCH, *Un diritto per due*, Il Saggiatore, 1998.

S. POZZOLO, *Locatio ventris*, in *La subjetividad político-jurídica de las mujeres y la biotecnología como política de reproducción*, in *Bioderecho.es. Revista internacional de investigación en Bioderecho*, 2016.

D. PULITANÒ, *Populisimi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013.

D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cassazione Penale*, 2017.

M. RIVKIN-FISH *et al.*, *Being born*, in A. Ledaneva *et al.*, *The Global Encyclopaedia of Informality*, vol. III, UCL Press, 2024.

A. ROCCO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Parte I, *Relazione sul Libro I del Progetto*, 1929.

M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, Giuffrè, 1995.

L. RONCHETTI, *La complessità della gpa ridotta a reato*, in *Centro per la Riforma dello Stato*, 2024.

S. RONDELLI, *Procreazione artificiale o artificio del diritto? (il problema della maternità sostitutiva in una recente ordinanza)*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1/2003.

- B. K. ROTHMAN, *The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy. Or Why Are We Quibbling Over This?*, in *The American Journal of Bioethics*, 14/2014.
- D. SATZ, *Feminist Perspectives on Reproduction and the Family*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2013
- E. SAVARESE, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2025.
- A. SCHILLACI, *Gestazione per altri, relazioni tra ordinamenti e ragionevolezza: il diritto penale italiano come misura del mondo?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2025.
- L. SCOLLO, *Maternità surrogata, reato universale e ricadute in ambito sanitario*, in *Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica*, 2/2024.
- A.M. SERAFIN, *La maternità surrogata oltre i confini nazionali. Intorno alla strumentalizzazione interpretativa del c.d. "turismo procreativo"*, in *Identità genetica e genitorialità nell'era delle tecniche procreative*, a cura di O. CLARIZIA, G.A. PARINI, I. PRISCO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024.
- C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Giuffrè, 1992.
- V. SIEGL, *The Biopolitics of Motherhood*, in *Intimate Strangers: Commercial Surrogacy in Russia and Ukraine and the Making of Truth*, Cornell University Press, 2023.
- M. SMITANA, *Queer Calculations: Spreadsheet Fertility and British Gay Men's Reproductive Projects*, in S. FRANKLIN, M.C. INHORN, *The New Reproductive Order*, NYC Press, 2025.
- C. SOTIS, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.
- C. SOTIS, *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione, tra scienza della legislazione e teoria dell'interpretazione*, in *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, a cura di M. GALLI, N. RECCHIA, Editoriale Scientifica, 2023.

V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, 2019.

V. TIGANO, *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona*, in *Archivio Penale*, 3/2022.

V. TIGANO, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in *GenIUS*, 2/2023.

V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi", in La legislazione penale*, 4/2024.

F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, CEDAM, 2009.

T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, CEDAM, 1973.

T. TRINCERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4/2017.

C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2014.

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 *Diritto penale e processo*, 7/2017.

A. VALLINI, *Appunti de iure condendo in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell'embrione – tutela dell'identità genetica*, 6-7, reperibile in <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/La-riforma-dei-delitti-contro-la-persona/Reati-dolosi-contro-la-vita-e-l-integrit-fisica-coordinatoridel-gruppo-proff-Roberto-Bartoli-e-Antonio-Vallini/>.

A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1/2023.

A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *GenIUS*, 2/2023.

M. WARNOCK, *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Basil Blackwell, 1985.

M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Mondadori, 2018.

G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992.

P. ZATTI, *La surrogazione nella maternità*, in *Questione Giustizia.*, 5/1999.

