



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Dalla legge n. 40/2004 alla legge n. 169/2024. La maternità
surrogata tra scelte di politica criminale ed evidenze
criminologiche

Relatore: Chiar.mo Prof. Adriano Martufi

Correlatore:

Tesi di laurea di

Beatrice Negri

Matr. 478868

Anno accademico 2024/2025

INDICE

INTRODUZIONE	5
--------------------	---

CAPITOLO PRIMO

MATERNITÀ SURROGATA: INQUADRAMENTO DEL FENOMENO.

1. LA COMPLESSITÀ DELLA MATERNITÀ SURROGATA: UN TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE CONCETTUALE E TERMINOLOGICA.	7
2. IL CAMMINO DELLA LEGGE N. 40/2004. IL DIVIETO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ.....	20
3. TURISMO PROCREATIVO: PRIMA E DOPO LA LEGGE N. 40/2004.....	36
4. UN INQUADRAMENTO TEORICO AI CONFINI DEL DIRITTO: LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ, IL MERCATO, IL DONO.	57

CAPITOLO SECONDO

LA MATERNITÀ SURROGATA IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA E INTERNAZIONALE.

1. UNA PANORAMICA DEI DIVERSI MODELLI DI DISCIPLINA DELLA MATERNITÀ SURROGATA.....	76
1.1 (Segue) Il caso portoghese.....	81
2. IL RICONOSCIMENTO DELLO <i>STATUS FILLATIONIS</i> DEL NEONATO NATO DA MATERNITÀ SURROGATA PRATICATA ALL'ESTERO E GLI EVENTUALI RIFLESSI PENALISTICI DELLA CONDOTTA DEI GENITORI COMMITTENTI.....	85
3. RICONOSCIMENTO DELLO <i>STATUS FILII</i> A SEGUITO DEL RICORSO ALLA MATERNITÀ SURROGATA ALL'ESTERO: L'ORIENTAMENTO DELLA CORTE EDU.	103

CAPITOLO TERZO

LA MATERNITÀ SURROGATA COME REATO UNIVERSALE. VENT'ANNI DOPO LA LEGGE N.40/2004

1. MATERNITÀ SURROGATA COME REATO UNIVERSALE: LA PROPOSTA DI LEGGE E L'ITER LEGISLATIVO DELLA LEGGE N. 169/2024.....	121
2. L'APPLICAZIONE DELLA LEGGE PENALE NELLO SPAZIO: LA PRETESA DI UNIVERSALITÀ DELLA GIURISDIZIONE ITALIANA RISPETTO AL REATO DI MATERNITÀ SURROGATA.....	130
3. CONSIDERAZIONI CRITICHE: L'USO SIMBOLICO DEL DIRITTO PENALE NELLA LEGGE N. 169/2024.	142

CAPITOLO QUARTO

POSSIBILI SCENARI E PROSPETTIVE DI RIFORMA ALLA LUCE DELLE ESPERIENZE COMPARATE E DELLA GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE.

1. L'OPPORTUNITÀ DI RICORSO AL DIRITTO PENALE AL COSPETTO DEL BILANCIAMENTO TRA INTERESSI COSTITUZIONALMENTE E CONVENZIONALMENTE TUTELATI.	152
---	-----

2. QUALI SPUNTI DALL'ANALISI COMPARATA: MAPPATURA DEI MODELLI E PROFILI CARATTERISTICI DEL PARADIGMA DI TUTELA ITALIANO.	163
3. COME AFFRONTARE LE ISTANZE DI TUTELA (DELLA DONNA E DEL NASCITURO) IN ASSENZA DEL DIRITTO PENALE, ALLA LUCE DEI PROCESSI DI GLOBALIZZAZIONE DELLE NORME SOCIALI E DEI MERCATI?	175
CONCLUSIONI.....	187
BIBLIOGRAFIA.....	194

INTRODUZIONE

A poco più di vent'anni dall'introduzione del divieto di surrogazione di maternità (l. n. 40/2004, art. 12, c. 6), il legislatore italiano è intervenuto con una nuova legge (l. n. 169/2024), volta ad ampliare, attraverso il ricorso al criterio della personalità attiva, l'ambito applicativo del suddetto divieto, mantenendo però invariato l'apparato sanzionatorio. Questa svolta normativa dovrebbe costituire un momento di riflessione. Molteplici sono i fattori di contesto mutati nel tempo i quali rendevano attuale una revisione della disciplina della surrogazione di maternità: l'abbattimento dei confini nazionali che un tempo costituivano limiti nell'accesso a cliniche che lecitamente dessero attuazione alla GPA, il conseguente aumento del turismo procreativo, le rivendicazione e diffusione di nuovi modelli familiari e l'apertura, sia normativa che giurisprudenziale, fondata sull'affermazione dei diritti fondamentali di tutte le parti coinvolte dalla pratica, che ha interessato diversi Paesi e la stessa Unione europea. In questo contesto, il legislatore italiano ha tuttavia operato una scelta anacronistica e contro tendenza rispetto alle linee politico-culturali dell'attuale periodo storico.

È proprio il recentissimo intervento normativo del legislatore italiano attraverso la legge n. 169/2024 a rendere attuale e urgente indagare e ragionare in termini criminologici sulla surrogazione di maternità, cercando di tenere insieme tutte le parti di cui il discorso si compone.

Per questo, nella presente tesi, ci si propone, anzitutto, di restituire la complessità, concettuale e terminologica, della materia, dando conto della trasversalità con cui ricorre nell'ambito giuridico e mostrando le salde radici che affonda nella storia. Dopodiché, si cercherà di evidenziare i *puncta dolentia* che da sempre affliggono la materia, quali la contrapposizione mercato-dono, il discorso etico e morale entro cui l'intervento legislativo si inserisce, la creazione di una nuova categoria di vittime, il riconoscimento dello *status filiationis*.

Si affronterà in seguito con accenti critici la diseguaglianza derivante da una normativa come quella del 2004, capace di colpire (principalmente, ma non

esclusivamente) sia le coppie omosessuali composte da due uomini, che coppie economicamente impossibilitate a dirigersi all'estero per dare attuazione al proprio progetto genitoriale.

In seguito ci si interrogherà sulla scelta normativa operata dal legislatore con la l. n. 169/2024: quale sia il bene giuridico che si vuole tutelare; se quella usata sia una tecnica normativa efficace, in grado di integrarsi con le altre scelte legislative operate in materia ai più disparati livelli; se sia possibile assicurare l'effettività della pena; quali possono essere i reali effetti scaturenti da tale legge, avendo riguardo alle sentenze intervenute sia sul piano domestico che internazionale, prima e dopo la legge; infine, si ragionerà sul quesito che rappresenta il *fil rouge* della presente tesi, in quanto domanda che ha ispirato dal principio la riflessione *ivi* contenuta, ma che rappresenta anche il suo punto d'arrivo, come un percorso circolare in cui inizio e fine si confondono poiché coincidono: se la decisione di ricorrere al diritto penale e di farlo nei termini in cui lo si è fatto, sia una scelta meramente simbolica o se rappresenti l'opzione migliore possibile nell'ambito della GPA, dunque quali siano i possibili strumenti alternativi a disposizione dell'ordinamento.

Si cercherà non tanto di trovare delle risposte *semel pro semper*, quanto di ragionare attorno a queste domande, poiché il divenire del pensiero è molto più importante del suo punto d'arrivo, sulla base della dottrina e della giurisprudenza, sia nazionale che europea, avendo come metro di riferimento non solo il contesto italiano, ma quello ottenibile attraverso un, seppur breve, studio comparato, il tutto in una chiave femminista che tende all'universale, ossia che si propone di essere il più inclusiva, dunque completa, possibile, con l'*intentio* di problematizzare l'uso del penale nell'ambito della surrogazione di maternità, sia in assoluto, che per come è stato fatto in Italia, interrogandosi su quale possa essere *l'aurea mediocritas* rispetto allo scopo cui bisognerebbe tendere in riferimento ad un fenomeno globale e politicizzato quale è la surrogazione di maternità.

Capitolo Primo

MATERNITÀ SURROGATA: INQUADRAMENTO DEL FENOMENO.

SOMMARIO: 1. La complessità della maternità surrogata: un tentativo di ricostruzione concettuale e terminologica. - 2. Il cammino della legge n. 40/2004. il divieto di surrogazione di maternità. - 3. Turismo procreativo: prima e dopo la legge n. 40/2004. - 4. Un inquadramento teorico ai confini del diritto: la surrogazione di maternità, il mercato, il dono.

1. La complessità della maternità surrogata: un tentativo di ricostruzione concettuale e terminologica.

Parlare di “maternità surrogata” richiede, anzitutto, di fare chiarezza e concettuale e terminologica. Ricostruire concettualmente la “maternità surrogata” è, di per sé, un’operazione complessa, per diversi ordini di ragioni. Primo tra tutti quello medico scientifico, poiché l’incessante sviluppo tecnico-scientifico crea una serie sempre più ampia di combinazioni possibili per la realizzazione della “maternità surrogata” e, di rimando, allarga sempre più la cornice all’interno della quale è possibile inquadrarla, non permettendo così di giungere ad una visione univoca e cristallizzata della stessa. In secondo luogo, la “maternità surrogata” non è una pratica che può essere relegata alla sola sfera medica, bensì, per sua natura, attiene, tra gli altri, anche all’ambito giuridico, all’interno del quale, peraltro, ricorre trasversalmente.

Al fine di dare alla “maternità surrogata” una forma che restituisca la cifra della sua complessità, è necessario prendere in considerazione diversi tentativi di ricostruzione della stessa.

Per “maternità per sostituzione” o “maternità surrogata”, scrive Francesca Angelini¹:

¹ F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, pp. 177-179.

«Si intende quella particolare pratica di procreazione che può avvalersi o meno di tecniche di riproduzione assistita, ma che prevede, a monte, la conclusione di un contratto attraverso il quale una donna (c.d. madre surrogata o gestazionale), dietro un corrispettivo o per finalità solidaristiche, «si presta ad avere una gravidanza ed a partorire un figlio non per sé ma per un'altra donna (la madre committente)» o per conto di un'altra coppia, i c.d. genitori intenzionali, ai quali si impegna a consegnare il nascituro appena dopo il parto, rinunciando ad esserne riconosciuta come madre».

Grazie alla scienza tale pratica, oggi, è per lo più ricondotta all'interno di tipologie di procreazione artificiale, ma la sua origine, nella sua forma naturale frutto dell'atto sessuale fra un uomo e una donna, in realtà ha radici molto lontane che risalgono al fondamento della nostra civiltà; origini riconducibili alla Bibbia (Genesi, 16, 2) all'episodio in cui Sara, moglie di Abramo, giunta ormai a settantacinque anni senza aver avuto figli a causa della sua sterilità, dà in moglie la sua schiava Agar al marito perché partorisca per lei un figlio, cui mette il nome di Ismaele.

Si tratta, dunque, di un fenomeno antico, ma sempre più diffuso negli ultimi anni, soprattutto grazie all'ausilio della scienza medica e delle tecniche di riproduzione artificiale, che ne hanno, fra l'altro, complicato la sostanza, rendendo possibile il coinvolgimento, nella sua realizzazione, di un maggior numero di soggetti.

Michele Sesta² mette in luce come le moderne tecniche mediche abbiano coinvolto la maternità, oltre la paternità, e come questo abbia avuto degli importanti risvolti sui piani etico e giuridico. Descrive la “maternità surrogata” come quel fenomeno in cui una donna si assume l'obbligo di portare al termine una gravidanza per conto di una coppia sterile, alla quale si impegna a consegnare il bambino; la donna che si presta a condurre a termine la gravidanza può essere fecondata con il seme del marito, oppure può ricevere l'impianto di un embrione già concepito in vitro. Nel primo caso, secondo Sesta, si parla di maternità surrogata o di madre in affitto; nel secondo, di maternità portante o affitto di ventre.

² M. SESTA, *Filiazione*, in “Enciclopedia del Diritto”, n. 6, 2000, pp. 569-605.

L'autore, inoltre, precisa che sono tre le forme di maternità note alla pratica medica (ed è bene sottolineare che quanto seguirà viene scritto negli anni 2000): *in primis* la donazione di ovociti a vantaggio di una donna che conduce la gravidanza a termine al fine di avere un figlio proprio; in secondo luogo la maternità surrogata in cui il marito, col consenso della moglie, feconda l'ovocita di una donna che si impegna a condurre a termine la gravidanza e a consegnare, dopo il parto, il bambino alla coppia committente; infine la locazione d'utero, nella quale l'embrione viene formato in vitro con materiale genetico dei coniugi e successivamente impiantato nell'utero della madre portante che si impegna a consegnare il bambino alla coppia.

Ancora, Giovanni Di Rosa³, prima di riferirsi alla pratica di cui si sta discorrendo come “gestazione per conto d'altri”, la inquadra tra le tecniche di procreazione medicalmente assistita, dando subito conto delle peculiarità che la distinguono dalle altre pratiche, ossia il fatto che venga attuata per conto di terzi o per conto d'altri, distanziandola da tutte le altre fattispecie di procreazione medicalmente assistita, compresa quella di tipo eterologo, per il fatto che la gestante non è una componente della coppia. Infatti, nella gestazione per conto d'altri, oltre all'eventuale provenienza dei gameti da soggetti terzi, anche la gestante sarà terza. In ogni caso, a prescindere dalle varie possibili combinazioni, che non riguardano l'oggetto dell'accordo in sé, bensì l'eventuale provenienza del materiale genetico con cui dare corso alla gravidanza, il tratto comune è rappresentato dalla dissociazione tra la madre portante, alla quale è affidata la gestazione, e la madre legale alla quale viene affidato il nato, di cui sarà giuridicamente responsabile.

La gestazione per conto d'altri, infatti, si realizza attraverso l'impegno assunto da una donna, gratuitamente o dietro corrispettivo, a condurre una gestazione nell'interesse della coppia richiedente, o committente, alla quale al termine della gravidanza il nato verrà consegnato.

³ G. DI ROSA, *Famiglia (bioetica e diritto)*, in “Enciclopedia del Diritto”, n. 4, 2022, pp. 389-417.

Il nucleo centrale dell'accordo, dunque, rimane sempre il medesimo, a prescindere dalla combinazione del materiale genetico prescelta per la sua attuazione: assicurare un figlio alla coppia committente, sulla base dell'accordo intercorso con la madre futura gestante.

Dal canto suo, Edoardo Messineo⁴ distingue tre fasi all'interno della procreazione: la fase genetica, in cui avviene l'incontro dei gameti femminile e maschile; la fase gestativa, nella quale viene impiantato l'embrione nell'utero, e quella sociale, cioè il momento relazionale-accuditivo del minore.

Queste tre fasi, grazie alla tecnica, possono essere modificate e ricombinate.

Quanto detto si ritiene essere tanto più vero nella gestazione per altri, in quanto: «Tecnica di procreazione medicalmente assistita che attraverso l'ausilio di una donna estranea alla diade genitoriale permette la realizzazione del loro progetto di filiazione: in sostanza la possibilità di realizzare il c.d. desiderio di avere un figlio»⁵.

In particolare, nella GPA l'intervento della tecnica si concretizza in una sostituzione delle fasi di fecondazione umana laddove non sia possibile la loro realizzazione naturale.

Questo fenomeno prende vita da un accordo fra la coppia genitoriale, indipendentemente dall'orientamento sessuale, e la donna gestante. Tale accordo può essere commerciale o altruistico, a seconda che preveda un compenso per la gestante o che la gestante sia mossa dal solo spirito di solidarietà.

Per finire, Fernando Santosuosso⁶ ritiene si parli propriamente di surrogazione quando la pratica o avviene con l'inseminazione direttamente nell'utero della donna c.d. surrogata con seme dell'uomo della coppia committente, per cui si ha la donazione dell'ovulo e della gravidanza, entrambi

⁴ E. MESSINEO, *Gestazione per altri e integrazione dell'ordinamento*, in "Persona e Mercato" 2024, n. 1, Note e commenti, pp. 196-220.

⁵ E. MESSINEO, *Gestazione per altri e integrazione dell'ordinamento*, cit., p. 197.

⁶ F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004*, n. 40; prefazione di Girolamo Sirchia, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 75 ss.

dalla surrogata; o quando viene impiantato nell'utero della surrogata un embrione già fecondato in vitro quasi sempre con gameti della coppia committente; o, infine, quando la coppia provvede prima alla formazione dell'embrione in vitro con entrambi gameti di terzi donatori, e poi al suo impianto nell'utero di una surrogata.

Dunque, parlare di “maternità surrogata”, “gestazione per conto d'altri” o “maternità per sostituzione” significa parlare di un fenomeno la cui complessità si è stratificata nel corso del tempo, che necessita di un linguaggio tecnico e che, nonostante le salde radici storiche, è fortemente conflittuale.

Se si volesse risalire alle origini della “maternità surrogata” bisognerebbe, forse, parlare di Abramo, che secondo il racconto biblico ricevette da Dio la promessa di due figli che avrebbero avuto una larga progenie, dandogli una discendenza numerosa. Tuttavia, Abramo e la moglie Sara invecchiarono senza avere alcun figlio e pensarono non gli sarebbe mai stato possibile averne. Dunque, Abramo, spinto anche da Sara, si unì ad Agar, la schiava, e da tale unione nacque il primogenito Ismaele; ma Dio non abbandonò la sua promessa e Abramo ricevette un figlio anche da Sara, Isacco, che pur non essendo il primogenito, fu però il figlio della promessa e per questo venne preferito e la discendenza partì da lui.

Questo racconto, che si rinviene nella Bibbia, e che viene ripreso nelle Lettere di San Paolo, in particolare nella Lettera ai Galati, racconta di una pratica che prima di avvenire attraverso l'artificio delle tecniche mediche veniva attuata “naturalmente”, attraverso l'unione di un uomo e una donna, quest'ultima estranea alla coppia all'interno della quale il neonato sarebbe poi stato cresciuto.

La pratica di cui si discorre affonda le proprie radici in un mondo omosociale, un mondo nel quale ciò che contava erano solo le relazioni non sessuali tra maschi; e patriarcale, perché il fine era quello di perpetrare la stirpe del capofamiglia, del padre.

Nonostante l'origine lontana della pratica il terreno in cui essa si inserisce, ossia quello della genitorialità e della maternità, è fortemente divisivo, al punto che lo stesso nome con cui ci si riferisce ad essa non trova tutti e tutte d'accordo,

perché i nomi con i quali ci si riferisce alle cose esprimono un corrispondente giudizio di valore.

Ed è bene tenere a mente, per comprendere a fondo l'importanza della scelta dei termini, che i termini sono le fondamenta dei sistemi di pensiero, che «Il discorso non è semplicemente ciò che traduce le lotte o i sistemi di dominazione, ma ciò per cui, attraverso cui, si lotta, il potere di cui si cerca di impadronirsi». ⁷

Si parla, così, di “gestazione per altri” o di “gestazione di sostegno” se si assume un atteggiamento più aperto che vuole mettere in luce l'aspetto solidaristico, ma al contempo impoverisce, se non addirittura rimuove, il rapporto naturale di maternità che comunque si crea a monte. Chi aderisce a questa idea ritiene che questa espressione trasformi “l'uso patriarcale di un utero in una sorta di dono”, sdoganando una pratica sociale violenta, rivestendola di discorsi sentimentali⁸; di “maternità surrogata” o “per sostituzione” quando si vuole, invece, sottolineare implicitamente, il rapporto di maternità naturale che si crea e che si sacrifica, come se fosse una maternità non piena; di “contratto di maternità” o di “utero in affitto”, se si vuole esprimere un giudizio negativo e mettere in rilievo l'aspetto commerciale e certamente più problematico dell'accordo. Da ultimo, ci si è riferiti specificamente alla “gravidanza per altri” con l'intento di riconoscere l'importanza della gravidanza come esperienza relazionale in contrapposizione all'espressione “gestazione per altri” che mette in primo piano il processo gestazionale, evocandolo prima e persino sostituendolo alla donna in gravidanza, quasi come un processo oggettivo e disincarnato dal corpo e dalla vita della donna, riducendo l'esperienza relazionale della gravidanza ad una mera funzione biologica.

Altre e più specifiche denominazioni possono, invece, essere individuate per evidenziare le differenti ipotesi relative a tale pratica; si parla, quindi, di

⁷ M. FOUCAULT, *L'ordine del discorso. I meccanismi sociali di controllo e esclusione della parola*, Einaudi, Torino, 1972, pp. 9 ss.

⁸ Questa riflessione è stata ripresa da R. DAMENO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, in “Studi sulla questione criminale”, n. 2, 2016, p. 27.

“maternità surrogata eterologa o gestazionale” *tout court* quando la donna si limita alla sola gestazione di embrioni che appartengono ad altri o alla coppia committente, infatti «nell’inseminazione eterologa si riceve un *don d’engendrement* dal donatore di gameti e si realizza un *engendrement à plusieurs*»⁹; di “maternità doppiamente eterologa” quando i gameti sono estranei tanto alla madre portante quanto ai genitori intenzionali; ci si riferisce alla “maternità surrogata tradizionale per concepimento e gestazione” o “omologa”, quando la madre contribuisce al concepimento anche con i propri ovociti¹⁰. In quest’ultimo caso le questioni della filiazione non dovrebbero porsi, perché il bambino, o la bambina, è sotto ogni aspetto figlio dei genitori (intenzionali). Questo tipo di GPA consente di avere un figlio alle donne che soffrono di sterilità uterina, pertanto potrebbe essere vista come un mezzo per curarle, al pari del dono di ovociti o di sperma.

La domanda che sorge allora è: quale termine, o quali termini, usare?

Chi scrive aderisce all’idea per cui sia preferibile non utilizzare il linguaggio neutro del politicamente corretto, perché questo silenzierebbe dei profili problematici della pratica che invece è bene evidenziare. I nomi, si è già detto ma lo si ripete, sono veicoli di giudizi di valore, di tesi e di argomenti e alimentano la produzione di un discorso intriso di conflitti e di potere.

Pertanto, pur ritenendo che il termine da adoperare andrebbe scelto di volta in volta, si utilizzeranno principalmente due termini: maternità surrogata e gestazione per altri (GPA).

Il primo perché è quello che è stato scelto dal legislatore italiano, utilizzato nella legge n. 40/2004; il secondo perché è utilizzato in particolare dalla Corte EDU ed è anche raccomandato dalle *Linee guida per un’informazione rispettosa*

⁹ P. RONFANI, *I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità*, in “Sociologia del diritto”, n. 1, 2020, pp. 76-89.

¹⁰ F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, cit., pp. 178-179.

delle persone *LGBTQIA+*, anche se alcune femministe lo ritengono un eufemismo che allontana dalla realtà.

Anche il termine “surrogazione” o la locuzione “gestazione per altri” evidentemente non sono esenti da critiche; secondo alcuni e alcune femministe¹¹ sarebbero da rigettare, in quanto volti a convincere che a livello naturalistico esista una certa distanza tra i corpi della madre e del/la nascituro/a. Questa prospettiva (femminista), cioè, vorrebbe portare l’attenzione sui valori che queste pratiche veicolano; e il valore primario che la GPA attribuisce, lo attribuisce al patrimonio genetico dei genitori intenzionali, e statisticamente questa tecnica di procreazione viene per lo più attuata attraverso il gamete del padre che sarà sia padre biologico che padre intenzionale. La madre che conduce la gestazione sembra quindi essere ridotta a una sorta di incubatrice, ma la donna non è il luogo nel quale la gravidanza avviene, tantomeno è riducibile alla propria funzione riproduttiva.

Sarebbe ottuso e minimizzante non dare peso alle soggettività, alle relazioni umane coinvolte, perché così facendo si procederebbe ad escludere il corpo femminile dall’aver una piena soggettività morale.

È evidente che il corpo delle donne abbia un peso specifico all’interno di questo discorso, sia guardando al lato della madre gestante, che a quello della madre intenzionale (ed eventualmente genetica, qualora non corrispondesse a nessuna delle precedenti).

Si disquisisce se quello femminile sia un corpo che, in riferimento a tale pratica, si può solo donare o anche commercializzare, se sia solo oggetto o anche soggettività, se sia libero o sfruttato, se vi sia possibilità di autodeterminazione o solo di reificazione.

Il corpo della donna sembra sempre essere legato alla propria biologia, diventare madre pare essere un destino scritto. E i corpi delle madri sono gravati

¹¹ In particolare qui mi riferisco alla prospettiva critica di Barbara Katz Rothman, che è segnalata da S. POZZOLO, *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in “Diritto & Questioni pubbliche”, n. 2, 2016, p. 60.

da una serie di compiti, che vanno da quelli sociali a quelli etici, passando per quelli culturali, che sui padri però non pesano.

Ma soprattutto, i corpi delle donne non sono mai solo corpi, sono, ontologicamente parlando, sempre in relazione a qualcosa o qualcuno, e sono questi ultimi a definirli.

Nonostante lo spessore che questi corpi hanno, spessore alimentato dai dibattiti che da sempre li coinvolgono, vengono spesso resi invisibili, o ignorati.

Si pensi al fatto che grazie alle nuove tecnologie biomediche la madre sociale può usare i propri ovuli, stabilendo con la prole quel legame genetico che prima era concesso solo al padre. Non sempre, però, è possibile stabilire tale relazione genetica. Ma la genitorialità, soprattutto ultimamente, viene vista sganciata dal solo dato biologico, naturale, viene invece connessa ai dati giuridico e sociale, e ciò potrebbe essere un riflesso dello scollamento che è stato reso possibile dalle nuove tecniche di procreazione, tra il desiderio di procreare e quello di avere un rapporto con un partner¹². Questo ha portato qualcuno a chiedersi se non fosse da riconsiderare la norma che stabilisce che madre è colei che partorisce (art. 269 c.c.).

Infatti, anche volendo non considerare la GPA, madri lo si può diventare oltre che per parto, per adozione.

La stessa domanda non necessita di essere formulata però per il lato paterno, in quanto padri lo si può divenire in automatico, perché marito di una madre biologica, o con una dichiarazione all'ufficio di stato civile, o ancora con la decisione di una Corte che accerta il legame genetico, ed anche per adozione.

In base a questo quadro, evidentemente ci sono più possibilità per i padri che non per le madri, e questo vale ancora di più se si tiene conto delle nuove

¹² Alcuni addirittura ritengono che l'assenza di uno dei due genitori possa disumanizzare il generare, al punto tale che un figlio "si produce" e non "si concepisce". Sostengono che le modifiche apportate alla sessualità e alla fecondazione umana rischiano di far perdere al concepimento la connotazione di «frutto dell'amore di coppia», della «mutua donazione da persona a persona», per ridursi esclusivamente ad essere «l'esito libertario di una fredda e solipsistica autodeterminazione». F. FRENI, *Procreazione medicalmente assistita. La maternità solitaria e la libertà di coscienza nel procreare tra autodeterminazione della donna e revoca del consenso dell'uomo*, in "Il Mulino, Rivisteweb", Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, n. 3, 2023, pp. 750-819.

tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), perché i figli e le figlie nate da PMA hanno lo *status* di figli e figlie nate nel matrimonio, o riconosciute dalla coppia che è ricorsa a tali tecniche.

Affermatasi questa nuova concezione della paternità il legislatore ordinario ha modificato l'art. 231 c.c. inserendo l'esplicito riferimento alla prole semplicemente nata durante il matrimonio, svincolando il dato del concepimento dall'attribuzione della paternità.

Ed è così che si mostra in tutta la sua evidenza l'invisibilità dei corpi delle madri, che sono stati completamente ignorati dal legislatore, sicché il figlio, o la figlia, genetico/a della madre intenzionale nato/a da un'altra madre biologica è comunque figlio/a di quest'ultima.

Quanto detto diventa esemplificativo del fatto che il diritto interviene in modo differente nei confronti delle donne e delle azioni che loro compiono, rispetto agli uomini.

Il nostro ordinamento è pregno di paternalismo, il quale si dirige soprattutto verso i comportamenti che riguardano esclusivamente, o quasi, i corpi femminili.

Si pensi, oltre alla gestazione per altri, alla prostituzione e all'uso del velo.

Vengono considerate pratiche, quanto meno da una parte dell'opinione pubblica e dall'ordinamento giuridico, che necessitano di controllo da parte dello Stato. Controllo che viene operato attraverso il diritto penale.

Perché proprio queste pratiche vengono considerate allarmanti?

Perché le persone che le attuano vengono considerate o vittime o moralmente riprovevoli?

Volendo rimanere in superficie, la risposta che si può abbozzare è che queste pratiche, tutte quante, sono considerate servili, quindi degradanti, indicative di uno sfruttamento.

Conseguenza logica è che la loro regolazione (penale) vuole sostenere ed aumentare la libertà di coloro che queste pratiche le agiscono.

Il diritto penale infatti è lo strumento per antonomasia, volto alla protezione delle persone individuate come vittime, dunque lo strumento perfetto per regolare questi fenomeni.

Si noti che la similitudine che viene stabilita tra questi termini, in particolare tra prostituzione e gestazione per altri, è il risultato di una strategia retorica¹³.

È anche vero, tuttavia, che questi temi sollevano questioni analoghe, che attengono alle sessualità, riproduzione e rapporti di potere tra i sessi, tant'è che numerose femministe e femministi si sono occupate e occupati di studiare e analizzare insieme, o in parallelo, questi fenomeni.

Queste pratiche, infatti, vengono spesso trattate congiuntamente per una questione di unità politica, perché ricondotte all'interno di battaglie neo-abolizioniste che invocano l'intervento statale al fine di punire la violazione di quella che viene proposta come un'idea oggettiva di "dignità femminile"¹⁴.

Il neo-proibizionismo cui mi riferisco fa perno su una rappresentazione della donna come vittima, questi prende in prestito e si ispira alla riflessione femminista, tant'è che favorisce l'alleanza tra alcuni movimenti delle donne ed esponenti di culture, come quella cattolica tradizionalista, che su altri versanti sono antitetiche.

In seguito, si analizzeranno meglio i rischi e i limiti della risposta neo-proibizionista, si cercherà di tratteggiare con più precisione quali sono i valori dei quali si chiede la tutela, nonché quali sono i problemi teorici e pratici che derivano dal sanzionare penalmente alcune condotte nell'ambito della maternità surrogata.

¹³ G. SERUGHETTI, *Prostituzione e gestazione per altri: problemi teorici e pratici del neo-proibizionismo*, in "Il Mulino, Rivisteweb", Studi sulla questione criminale, n. 2, 2016, pp. 43-63.

¹⁴ Dopo aver dato atto del fatto che se l'obiettivo è tutelare la dignità, sia della donna che della procreazione, bisogna prima di tutto definire cosa si intende per dignità, decidere qual è il soggetto titolato a definirla, distingue la dignità in senso soggettivo da quella in senso oggettivo. La prima è quella che ognuno di noi ha, ed essendo diversa per tutti e tutte non viene lesa allo stesso modo, perché intendendola in modi diversi è, di rimando, scalfibile in modi diversi. La seconda è una dignità uguale per tutti e tutte, oggettiva appunto, perché si rifà alle norme sociali o morali diffuse nella società.

G. SERUGHETTI, *Prostituzione e gestazione per altri: problemi teorici e pratici del neo-proibizionismo*, cit., p. 49.

Tornando alla trattazione unitaria di prostituzione e GPA, Debra Satz¹⁵ ritiene che le capacità riproduttiva e sessuale dovrebbero essere non solo tenute fuori dalle logiche del mercato, ma anche protette. Satz, e chi è d'accordo con questa tesi, parte dall'idea per cui vi dovrebbe essere una certa distanza tra il modo in cui si tratta il mercato del lavoro riproduttivo e quelli che coinvolgono altre forme di lavoro; confuta alcuni degli argomenti chiave con i quali la gestazione viene solitamente criticata sul piano morale. Il primo argomento confutato riguarda la natura intrinseca del lavoro riproduttivo, che lo farebbe differire da qualsiasi altro.

Questa lettura viene proposta dalla tesi essenzialista, secondo Satz molto fragile sia quando fa perno sulle idee di “dignità” e “rispetto”, sia nella versione proposta da Carole Pateman, per la quale la capacità riproduttiva (delle donne), come la sessualità, è parte integrante dell'identità stessa delle donne.

Quello che viene sottolineato da Satz è proprio il fatto che evidentemente, sulla base di questa tesi essenzialista, la sessualità e la capacità riproduttiva è come se venissero considerate più parte integrante della donna rispetto, per esempio, alla religione, al lavoro e via dicendo; e proprio perché “più parte integrante” di tutto il resto, nel momento in cui vengono vendute ciò viene percepito come degradante.

Pertanto, Satz suggerisce che questo possa riflettere i tentativi di controllo, da parte della società nei confronti delle donne e delle loro sessualità e capacità riproduttiva.

Allora, si conclude, occorre tenere a mente delle relazioni che intercorrono tra particolari concezioni della sessualità e il mantenimento della disuguaglianza di genere.

Accennando brevemente al tema delle disuguaglianze, le donne in quanto donne, quindi indipendentemente da ogni altra condizione, hanno sempre subito l'esclusione dalla scienza e dalla tecnologia. Però da qualche decennio, con l'avvento del movimento femminista e l'affermarsi dei diritti, anche le analisi di

¹⁵ G. SERUGHETTI, *Prostituzione e gestazione per altri: problemi teorici e pratici del neo-proibizionismo*, cit., pp. 53-55.

genere si stanno diffondendo nella società, nella tecnologia, nella medicina e nei metodi scientifici, chiarendo, tra le altre cose, anche il ruolo dei rapporti di potere che sono presenti nelle discipline (oltre che nella società).

Però l'attenzione femminista si è incentrata e fossilizzata sul tema della sottorappresentazione femminile, e questo è avvenuto pagando il prezzo, non trascurabile, di un'accettazione acritica dei metodi, delle priorità e degli obiettivi tradizionali orientati da una prospettiva patriarcale.

Occorre, dunque, chiedersi quanto le donne abbiano cambiato quella cultura scientifica che fino a ieri le aveva escluse, e che oggi, le tollera ma non le accoglie; se il modo di pensare maschile sia ancora il modo di pensare ritenuto oggettivo; se l'atteggiamento nei confronti della riproduzione artificiale della vita, per esempio, sarebbe diverso in una prospettiva femminista; se l'attenzione per le parti del corpo, come per i beni che rientrano nel diritto di proprietà, sarebbe diversa¹⁶.

Visto che si è messa in evidenza, fino ad ora, la stretta correlazione tra GPA, corpo e, implicitamente, proprietà del corpo o autonomia, se si preferisce, il tutto in una prospettiva femminista, si può dire che anche solo provare ad abbozzare una risposta alle ultime due domande, ripensandole unitariamente, è estremamente faticoso e fa comunque mantenere aperte diversissime possibilità di risposta, certo è però il punto di partenza: ad oggi parlando di GPA si trasmette ancora l'idea di una donna che si fa ambiente, di un corpo che circoscrive un altro corpo, quello del feto, e questo favorisce la percezione della gravidanza come di un lavoro, che in quanto tale (e come ogni altro) richiede l'uso del corpo, del quale si dispone, in quanto proprietari e proprietarie, riducendo così le madri surrogate al contrario di ciò che sono, al contrario di essere corpo.

«Un corpo di donna non è mai solo un corpo, mero insieme di funzioni e processi vitali, ma la persona che vive quel corpo nella ricchezza e nella specificità della sua condizione sessuata, che

¹⁶ S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, in "Ragion Pratica", n. 56, 2021, pp. 161-185.

inscindibilmente ne coinvolge la dimensione corporea e quella spirituale (di coscienza e volontà, di autodeterminazione)»¹⁷.

Ci si può chiedere, in conclusione, se questa pratica tratti il corpo della donna come mezzo o come fine. Da tempi lontani la dignità è diventata un attributo sociale nel riconoscimento reciproco tra esseri umani; attributo che può essere acquisito e può essere perso. Hobbes ha scritto che il valore dell'uomo è dato dal suo prezzo, ma all'interno di questa pratica il prezzo viene deciso dall'acquirente, non dal venditore. Hannah Arendt ha scritto che la dignità è avere dei diritti, che significa, a fronte delle proprie differenze, essere rispettati e considerati in egual modo. Pertanto, ciò su cui bisognerebbe riflettere sono i valori trasmessi da queste pratiche¹⁸.

2. Il cammino della legge n. 40/2004. Il divieto di surrogazione di maternità.

Prima di parlare dell'art. 12, e in particolare del suo c. 6, della legge n. 40/2004, è necessario inquadrare la legge nel suo complesso. A tal fine, è utile ricostruire, almeno a grandi linee, il percorso attraverso il quale si è giunti alla sua attuale conformazione¹⁹.

Per molti anni chiunque si fosse occupato, ai più diversi livelli, delle tecniche di fecondazione artificiale ha lamentato la mancanza di un intervento legislativo. Pertanto, la giurisprudenza si è molte volte pronunciata in materia, così come numerose e variegata sono state le opinioni espresse dalla dottrina.

¹⁷S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, cit., p. 175 cita Pezzini 2019, 201-202; Niccolai 2019, 56.

¹⁸S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, cit., p. 185.

¹⁹Ai fini della ricostruzione del percorso normativo si segnala il lavoro di M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita: fonti, orientamenti, linee di tendenza: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Ipsoa, Milanofiori, Assago, 2004.

Nel tentativo di colmare tale vuoto normativo, ad ogni legislatura sono stati presentati diversi disegni di legge provenienti da ogni dove politico, ma in genere non sono mai giunti alla discussione.

Quindi, più volte, è intervenuto il Ministro della sanità con circolari e ordinanze.

Una prima circolare è stata adottata dal Ministro Degan il 1 marzo 1985: essa disciplinava limiti e condizioni di legittimità dei servizi di fecondazione artificiale nell'ambito delle strutture pubbliche, o convenzionate con il SSN.

La circolare individuava i soggetti legittimati a richiedere le prestazioni sanitarie nei coniugi non separati; si ammetteva solamente la fecondazione omologa; era esclusa la fecondazione di ovociti in numero superiore rispetto a quello destinato all'impianto in utero, e non era ammessa la crioconservazione di embrioni, né per impianto differito, né per ricerca.

Quanto detto valeva per i centri pubblici; invece, in quelli privati la fecondazione poteva essere richiesta anche da coppie non sposate, ed era attuabile anche quella eterologa.

Una seconda circolare (la n. 19) è stata adottata il 27 aprile 1987, dal Ministro Donat-Cattin, sulle "misure di prevenzione della trasmissione HIV" attraverso il seme umano impiegato per la fecondazione artificiale. Questa circolare è stata poi sostituita dalla n. 17 del 10 aprile 1992 del Ministro De Lorenzo, nella quale si richiamava l'anonimato del donatore.

Queste circolari volevano fornire delle indicazioni basilari in merito al comportamento da tenere per tutelare la salute della donna e del nascituro.

Nel 1997 sono state emanate due ordinanze con le quali si vietava ogni forma di remunerazione per la cessione dei gameti, embrioni e materiale genetico; si escludevano gli esperimenti volti alla clonazione umana e animale, e altro ancora.

Nel 2002 un'ordinanza del Ministro Sirchia vietava l'esportazione all'estero di embrioni.

Come si è sopra detto, sono numerosissime le circolari e le ordinanze che sono state emanate nel corso delle diverse legislature, ma questo non è il luogo per operare una ricostruzione più dettagliata²⁰.

Solo nel corso della tredicesima legislatura si è giunti ad un testo unificato, tuttavia, anche in questo caso il testo non giunse alla discussione e decadde con la fine della legislatura.

Ciononostante, la relativa vicenda è emblematica.

La Commissione affari sociali della Camera dei deputati giunse ad un testo unificato, vagamente compromissorio, che rappresentava il risultato di vari progetti molto divergenti tra loro.

All'interno di questa proposta di legge si parlava di "procreazione medicalmente assistita", una tecnica volta ad aiutare le coppie sterili.

Si delimitava il concetto di coppia a quelle composte da soggetti maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o stabilmente conviventi, di età non superiore a cinquantadue anni. Entro questi limiti, nonché entro quelli posti ai donatori e alle donatrici, si ammetteva la fecondazione eterologa.

Si escludeva il disconoscimento della paternità e la facoltà della madre di non essere nominata all'atto di nascita. Si vietavano la vendita di gameti ed embrioni, il prelievo di gameti *post mortem*, e la maternità surrogata, alla quale ci si riferiva anche come "utero in affitto".

Questo testo venne licenziato dalla Commissione. Attorno ad esso si sollevarono polemiche, contrasti, reciproche accuse, che culminarono nelle dimissioni consegnate dal Presidente.

Il testo venne profondamente modificato in aula, sede nella quale si affermò la capacità giuridica del concepito e si stabilì: la produzione di embrioni in un numero massimo di tre, il divieto di congelamento di embrioni, i divieti di donazione di gameti e di qualsiasi inseminazione eterologa.

²⁰ Per approfondire il tema dei progetti e delle proposte di legge vagliate fino al 2002 si consiglia A. B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, in *Il diritto privato oggi*, (serie a cura di) Cendon Paolo, Giuffrè, Milano, 2002.

Inoltre, si inasprirono le pene per i medici che, nonostante i divieti disposti, avessero effettuato tali interventi.

Il progetto così modificato venne restituito alla Commissione affari sociali, affinché venisse coordinato alle modifiche apportate durante la decisione in aula; dopodiché, tornò in aula e venne approvato.

Tuttavia, non giunse alla discussione in Senato e decadde con la fine della legislatura.

Durante la quattordicesima legislatura vennero presentati molti progetti di legge ampiamente diversi tra loro: tra questi anche quello che era precedentemente decaduto. Fu proprio quest'ultimo ad essere ripreso e reso ancora più rigido, fino alla sua approvazione alla Camera dei deputati il 18 giugno 2002.

Tuttavia, siffatto testo venne attaccato dagli avversari, che lo definirono un'occasione perduta, e affermarono apertamente che sarebbe stata preferibile una situazione di lacuna normativa rispetto al progetto liberticida quale quello approvato.

Nonostante ciò, il testo seguì il proprio *iter* e venne trasmesso al Senato, dove venne approvato senza sostanziali modifiche, ed anzi, rifiutando tutti gli emendamenti presentati, fatta eccezione per quello relativo ad una più ampia copertura finanziaria.

Il progetto tornò, quindi, alla Camera dei deputati, che lo approvò in un'unica seduta.

È con una maggioranza trasversale che venne approvata la legge sulla procreazione medicalmente assistita.

Quella italiana è una normativa peculiare, che si discosta da quelle adottate in altri Paesi, vicini geograficamente e culturalmente.

Gli elementi che caratterizzano la legge sono in special modo le scelte sanzionatorie: ci sono quindici sanzioni, tra misure amministrative e penali (pene principali e accessorie).

All'interno di questa legge si afferma che la procreazione assistita è una tecnica per risolvere problemi di sterilità e/o infertilità. Quindi, non esiste un vero

e proprio diritto alla procreazione, comunque e con qualsiasi modalità; una possibilità di scelta autonoma e volontaria tra il metodo naturale e quello artificiale.

Alla luce del tortuoso processo che ha portato all'approvazione della legge n. 40/2004 è sicuramente interessante ed utile una panoramica delle scelte legislative operate all'interno della stessa, per comprendere quali scopi e obiettivi sono stati capaci di mettere d'accordo le diverse fazioni politiche su un argomento delicato e divisivo quale è la procreazione medicalmente assistita, all'interno del quale confluisce, per scelta del legislatore, anche la maternità surrogata.

L'art. 1 della legge permette il ricorso alla procreazione medicalmente assistita per: «Favorire la soluzione di problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità umana». Si sottolinea che, dunque, tale materia non ha nulla a che vedere con l'adozione di minori.

Si stabilisce che si può ricorrere alle tecniche di riproduzione *ivi* regolate, qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità; quindi, è evidente che i presupposti oggettivi che giustificano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita siano la sussistenza di cause di infertilità (da intendersi come incapacità di portare a termine la gravidanza) o la sterilità (ossia l'incapacità, pur in età potenzialmente fertile, a concepire o fecondare)²¹.

Si afferma che vanno assicurati i diritti di tutti i soggetti coinvolti, anche del concepito, cui viene riconosciuta la qualità di “soggetto”, nonostante persona non la sia ancora; invece, poca è l'attenzione dedicata alla salute della gestante, la cui tutela è stata a più riprese affermata dalla Corte Costituzionale²².

²¹ Il novero delle cause giustificative è stato poi ampliato con le Linee guida, dapprima dal D.M. 11 aprile 2008 e, poi, D.M. 1 luglio 2015. Tra le possibili cause di infertilità viene incluso il caso in cui l'uomo sia portatore di malattie sessualmente trasmissibili per HIV, HBV o HCV, circostanza questa che per l'elevato rischio di infezione per la madre o per il feto si traduce di fatto in una condizione di infecondità maschile per la necessità di adottare precauzioni.

²² I. Rivera precisa che la Corte costituzionale non ha mancato di censurare l'irragionevole bilanciamento operato dal legislatore. Ricorda, tra tutte, la nota sentenza n. 162 del 2014, con la quale è venuto meno il divieto assoluto di accedere alla fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, previsto dall'art.4, comma terzo. Il Giudice costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto in questione nella sua assolutezza, frutto di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco «senza che la sua

In base alla presente legge, sterilità e/o infertilità devono essere documentate dal medico (o dalla medica). Le tecniche di procreazione devono essere applicate con gradualità e non possono essere “invasive”, nemmeno dal punto di vista psicologico, così come le tecniche alternative²³.

All’art. 4 si rinveniva la disposizione più rigorosa di tutte: il divieto assoluto, senza eccezioni, della procreazione assistita eterologa.²⁴

Per quanto riguarda i presupposti ai fini dell’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, queste sono limitate alle coppie maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, “viventi” (art. 5).²⁵

È stato rilevato da più parti che questa disposizione realizza una violazione di principi costituzionali fondamentali, quali quelli che si rinvencono agli artt. 3 e 32 Cost. Infatti, si preclude, senza alcuna giustificata ragione, l’accesso alla PMA ai *single* e alle coppie omosessuali. A ben vedere, alla base del divieto di GPA si pone uno stereotipo che riguarda il numero, il genere e l’orientamento sessuale. Infatti, la norma di genere, racchiusa nel divieto di GPA, prevede delle caratterizzazioni individuali e delle combinazioni relazionali specifiche. La genitorialità viene riconosciuta come posizione soggettiva tipica soltanto della

assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato [Corte cost. sent. n. 162/2014, cons.dir. 13]». Inoltre, la Corte afferma che la scelta della coppia di formare una famiglia è un ineludibile precipitato della libertà di autodeterminazione, anche quando vi siano già altri figli, nonché diretta espressione del diritto alla salute, il quale va considerato globalmente, dunque, tanto la dimensione fisica, quanto quella psichica. Peraltro, la Corte ritiene che l’assolutezza del divieto condurrebbe le coppie interessate a ricorrere alla pratica qui censurata in altri Stati, alimentando ulteriormente il fenomeno del turismo procreativo.

I. RIVERA, *La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell’ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente*, “Sociologia del diritto”, n. 1, 2020, pp. 201-222.

²³ In particolare, il disposto del primo comma dell’art. 1 della presente legge E. Dolcini suggerisce di leggerlo in chiave di limite alla PMA.

E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, n. 4, 2014, pp. 1669-1674.

²⁴ Questo comma è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost. “nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all’art.5, comma 1, della medesima legge, il divieto di ricorso a tecniche che procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili” dalla Corte Costituzionale, sent. 10 giugno 2014, n. 162.

²⁵ M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita: fonti, orientamenti, linee di tendenza: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40, cit.*, pp. 133-141.

dimensione duale padre-madre, si richiede che i genitori siano due e che siano essi di generi diversi. Non v'è spazio né per la monogenitorialità, né per la omogenitorialità. Tant'è che la norma che dispone il divieto di ricorrere alla GPA, non solo riconosce il rapporto eterosessuale come l'unico ammissibile, sia dal punto di vista sessuale che affettivo, ma implicitamente afferma, nella misura in cui è tutto ciò che suppone, l'esistenza di due soli generi e l'attrazione tra questi due generi, mentre tutto quello che rimane al di fuori del perimetro della eteronormatività è escluso. Ci si può chiedere perché sia una genitorialità stereotipata quella sottesa alla legge²⁶, che è un dato, a fronte del fatto che essa impone un'unica modalità relazionale, secondo una specifica normatività di genere. Viene creata una disparità di trattamento tra soggetti, esclusivamente in virtù dei propri orientamento sessuale e/o stato civile, frustrando il diritto alla salute del singolo ed impedendo la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti da sterilità o infertilità, risolvibili solo attraverso il ricorso alla PMA, con delle ripercussioni, chiaramente, anche sotto il profilo discriminatorio.

La disposizione in discussione realizza, inoltre, un'altra violazione del principio di uguaglianza sostanziale, poiché si prevede, come ulteriore condizione di accesso alle tecniche, il requisito della maggiore età.

Il legislatore, escludendo la donna che non ha ancora raggiunto la maggiore età dal trattamento di fecondazione assistita, si pone in evidente contrasto con l'art.

²⁶ E una prima risposta può essere trovata nel fatto che tale norma si sviluppa a partire da un discorso di genere esclusivo ispirato alla grammatica dello stereotipo sull'inidoneità alla genitorialità da parte di chi non si trova in una coppia bigenitoriale eterosessuale. Infatti, allo stereotipo sul 'fare' i genitori si accompagna ad altri quali l'incapacità di 'essere' genitori se: manca un legame biologico con il figlio; non c'è stata l'esperienza della gravidanza all'interno del corpo della donna dentro la coppia come elemento essenziale della genitorialità; l'artificialità della modalità riproduttiva che svuota la genitorialità del suo fondamento biologico; manca la complementarietà tra i generi dei due genitori; si tratta di donna *single* perché ciò comporta la solitudine nella crescita della prole.

Dal punto di vista della filiazione, della crescita dei figli e della natura del rapporto tra genitori, sono stati identificati ulteriori stereotipi che sono frequentemente utilizzati per giustificare le obiezioni alla genitorialità omosessuale e, in parte, alla monogenitorialità.

Per un maggior approfondimento sul punto G. GILLERI, *Gestazione per altri all'italiana: persone, diritti e stereotipi di genere in un reato 'universale'*, in "Il Mulino, Rivisteweb", Diritti umani e diritto internazionale, n. 1, 2025, pp. 112-113; C. DANISI, *How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence*, in "International Journal of Constitutional Law", n. 9, 2011, pp. 793-807.

12, c. 2, l. n. 194/1978, che, al contrario, attribuisce alla donna, anche se minorenne, la piena facoltà di interrompere volontariamente la gravidanza.

È manifesta, allora, la volontà del legislatore di salvaguardare un modello di famiglia tradizionale come unico centro affettivo all'interno del quale sia possibile realizzare un rapporto di genitorialità biologica, tant'è che si impone alla coppia richiedente una relazione di coniugio o convivenza.

Ossia, per il legislatore del 2004 soltanto la famiglia costituita da una coppia eterosessuale, unita da una relazione stabile, sarebbe in grado di garantire la naturalità dei processi riproduttivi e la realizzazione del miglior interesse del figlio, o della figlia, la cui identità personale, dunque, sembrerebbe potersi costruire esclusivamente all'interno di un nucleo familiare in cui la discendenza biologica dei propri componenti sarebbe imprescindibile.

Gli scopi e la *ratio* della legge nel suo complesso hanno suscitato forti perplessità, che hanno da subito posto di fronte all'evidenza della necessità di una ristrutturazione di tutto l'impianto normativo della legge.

Dall'entrata in vigore della legge si sono susseguiti diversi interventi correttivi realizzati dai giudici, sia nazionali che europei, che hanno di fatto ricondotto a ragionevolezza una normativa che è stata descritta come “oggettivamente miope di fronte ai bisogni concreti di coppie sterili e infertili”²⁷, oltre che bilanciato le diverse esigenze di volta in volta coinvolte.

La graduale modifica cui è stata sottoposta la legge n. 40/2004 ne ha ridimensionato, soprattutto, i presupposti ideologici.

Quest'opera è iniziata nel 2009 con la sentenza n. 151 della Corte Costituzionale; sentenza fondamentale nella quale si sancisce l'illegittimità dell'art. 14 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», poiché, tale limite era stato verosimilmente predisposto per scongiurare il pericolo di manipolazione degli embrioni, nonché

²⁷ P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, n. 2, 2015, pp. 851-879.

l'eventuale sacrificio di quelli soprannumerari, però mal conciliandosi con il principio di gradualità e minore invasività della pratica di fecondazione assistita disposto dalla stessa legge all'art. 4, c. 2.

Nondimeno, finisce per sacrificare il diritto alla salute della donna che si sottopone alle procedure, al fine di tutelare (esclusivamente) l'integrità degli embrioni necessariamente destinati all'impianto.

Pertanto, la Consulta precisa che: «La tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione»²⁸.

La soppressione del limite dei tre embrioni da trasferire in un unico e contemporaneo impianto, oltre che modificare gli originari scopi e connotati dell'art. 14, c. 2, inevitabilmente travolge anche il comma 1 del medesimo articolo, che prevede esplicitamente il divieto di crioconservazione degli embrioni prodotti ma non contemporaneamente impiantati.

Emerge, inoltre, l'illogicità sistematica delle disposizioni cardine della legge sulla PMA, in particolare degli artt. 13 e 14 c. 5, il cui coordinamento risulta impossibile alla luce di considerazioni lineari.

Infatti, l'art. 13 prevede il divieto di sperimentazione sugli embrioni umani, dunque, tra le attività vietate rientra anche la selezione degli embrioni sani da trasferire in utero; mentre all'art. 14, c. 5, si prevede, in particolare, il diritto dei soggetti di cui all'art. 5 ad essere informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire in utero. Un'informazione precisa sulle condizioni di salute degli embrioni prima del loro trasferimento in utero, però, può essere fornita, spesso, esclusivamente attraverso quelle tecniche diagnostiche verso le quali il legislatore esprime diffidenza ed ostilità all'art. 13.

Senza dilungarsi, è bene notare che l'incoerenza dell'art. 13 della l. n. 40/2004 affiora e si sviluppa anche nel confronto con altre discipline relative a materie eticamente sensibili, oltre che nel momento dell'attuazione, o quanto

²⁸ Corte cost., sent. n. 151/2009.

meno, del tentativo di attuazione, dell'integramento del nostro ordinamento con i principi di fonte sovranazionale.

In particolare, si nota lo squilibrio della considerazione dell'embrione e del feto all'interno dell'ordinamento italiano; al primo viene assicurata una tutela più intensa rispetto al secondo, tale da determinare, proprio in virtù della tutela assicurategli, una disparità di trattamento tra le donne che accedono alle tecniche di PMA e quelle che, invece, vogliono interrompere la gravidanza.

Inoltre, il legislatore inciampa nella violazione del principio di gradualità e minore invasività della pratica di fecondazione assistita, da lui stesso formulato all'art. 4, c. 2, della l. n. 40/2004.

Con l'art. 13 il legislatore realizza una trasgressione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost, poiché la tutela dell'embrione provoca uno squilibrio irrimediabile tra i diversi interessi coinvolti nel processo di procreazione, realizzando un eccessivo sbilanciamento di tutela nei confronti dell'embrione, che però persona ancora non la è, e trascurando la valutazione del caso concreto che deve precedere qualsiasi intervento di natura medica.

Si noti che in meno di dieci anni la giurisprudenza, e nazionale e europea, ha ridefinito gli spazi delimitati dal legislatore del 2004, compensando, di fatto, alla totale mancanza di intervento delle forze politiche rispetto ai contenuti della disciplina italiana in materia di fecondazione assistita. Contenuti inaccettabili perché incompatibili sia con i principi costituzionali dello stesso ordinamento italiano, sia con quei diritti e quelle libertà individuate e sancite all'interno della CEDU, ma, soprattutto, perché espressione di scelte ideologiche che hanno frenato il concreto esercizio del diritto di autodeterminazione, che fa capo ad ogni individuo, nell'ambito della scelta di divenire genitori, anche attraverso l'ausilio di procedimenti riproduttivi artificiali.

Dopo una decina d'anni dall'emanazione della legge inizia ad emergere il fatto che dei diciotto articoli della normativa sulla fecondazione assistita le uniche disposizioni superstiti, in grado di mantenere la propria originaria forza preclusiva ed aggravare l'*iter* seguito dai soggetti che aspirano a diventare genitori e a

risolvere le proprie difficoltà riproduttive, sono quelle che regolano l'accesso alle tecniche e che contribuiscono a costituire, l'allora attuale, statuto punitivo della procreazione, predisponendo un rigido e sproporzionato apparato di divieti e sanzioni²⁹.

Lo statuto penale previsto dalla legge n. 40/2004 è composto dagli artt. 12, 13, 14, e dalle loro articolazioni.

Tali divieti si indirizzano verso operatori e pazienti; sono previste sanzioni che presidiano l'utilizzo di alcune tecniche. In questo modo si limitano fortemente, sia ai medici che ai pazienti, le opzioni offerte dalla medicina. Quindi, i contenuti della legge, sembrano contraddire quanto enunciato all'art. 1, c. 1.

Quest'opera di limitazione dell'accesso alle numerosissime tecniche mediche esistenti non è una prerogativa italiana, tuttavia, i limiti imposti dalla legge italiana sono particolarmente ristretti.

Per quanto riguarda la tipologia di illeciti configurati, si tratta in parte di delitti, in parte di illeciti amministrativi, mentre non è prevista alcuna contravvenzione.

Per i delitti vengono comminate pene detentive (la reclusione), pene pecuniarie (la multa), e pene interdittive.

L'opzione legislativa è a favore di comminatorie congiunte di pena (reclusione e multa), connotate dal sempre elevato ammontare della multa.

A titolo esemplificativo, si pensi alla commercializzazione di gameti o embrioni e alla surrogazione di maternità: tali delitti sono sanzionati con la reclusione da 3 mesi a 2 anni (che è una pena medio-bassa nel sistema della legge³⁰), cui però si affianca la multa da 600.000 a un milione di euro.

Si segnala, inoltre, che le pene della reclusione spaziano tra un picco, di cui all'art. 12, c. 7, che punisce la clonazione riproduttiva con la reclusione da 10 a 20

²⁹ P. SANFILIPPO, *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, cit., pp. 868-869.

³⁰ E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, cit., p. 1671.

anni, e un vertice basso segnato dalla reclusione da 3 mesi a 2 anni, di cui all'art. 12, c. 6.

A completare il quadro concorrono le sanzioni interdittive, previste nel ruolo di pene accessorie: la sospensione dall'esercizio della professione sanitaria (che ha una diversa durata negli artt. 12 e 13 da un lato, e 14 dall'altro); la sospensione dell'autorizzazione alla struttura al cui interno è stata eseguita una delle pratiche di cui all'art. 12; infine, in caso di più violazioni, alla sospensione può seguire la revoca dell'autorizzazione.

Si tratta di sanzioni molto severe, globalmente considerate, che spesso vanno oltre i limiti della ragionevolezza.

Per quanto attiene agli illeciti amministrativi, la gamma delle sanzioni comprende quelle pecuniarie e quelle interdittive. Peraltro, anche in questo caso, si tratta di sanzioni pecuniarie, molto elevate.

Alle sanzioni pecuniarie amministrative si affiancano sanzioni interdittive.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge, alla dottrina è parso che la scelta di ricorrere alla sanzione amministrativa anziché penale rispondesse più che ad una esigenza di razionale modulazione dell'intervento sanzionatorio, all'intento di negare all'autore dell'illecito le garanzie proprie del diritto penale.

Ad ogni modo, l'attenzione sarà qui posta sul sesto comma dell'art. 12, il quale dispone che: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro»³¹.

Si tratta di un delitto a forma libera, la cui condotta è descritta in termini ampi. In particolare, il legislatore ha voluto reprimere l'attività di chi si pone come intermediario fra chi offre il proprio materiale genetico e chi lo richiede. Ne deriva

³¹ E. Messineo segnala che alla predisposizione di una sanzione non si accompagna la previsione di una disciplina regolativa dello *status* del figlio che sia comunque venuto al mondo, seppur in violazione delle vigenti disposizioni.

E. MESSINEO, *Gestazione per altri e integrazione dell'ordinamento*, cit., pp. 196-220.

che la coppia che ha acquistato i gameti “esterni” per ricorrere all’inseminazione eterologa, non integra così facendo gli estremi di reato.

L’attività di commercializzazione non richiede necessariamente il perseguimento di un profitto. Sussiste il reato, dunque, anche se l’intermediario non ha preteso alcun corrispettivo.

È lecito chiedersi se i responsabili delle c.d. banche del seme possano essere i destinatari delle sanzioni penali in questione; infatti, le banche del seme svolgono un ruolo di intermediazione nella cessione del materiale genetico, con conseguente operatività della sanzione penale.

Tuttavia, all’art. 14, c. 8, si consente espressamente la crioconservazione dei gameti, sia maschili che femminili; da ciò si è dedotto che l’attività delle banche si potrà ritenere lecita qualora abbia ad oggetto la custodia di gameti, maschili e femminili, per essere poi consegnati agli stessi soggetti da cui provengono.

Per la prima volta nel testo legislativo si fa riferimento alla maternità surrogata, ossia a tutte quelle tecniche, ampiamente descritte nel precedente paragrafo³², che creano una discrasia tra la madre biologica (e/o genetica) e quella legale; tecniche che possono realizzarsi sia con intervento medico, che sul piano strettamente giuridico con la stipulazione di contratti nulli, perché contrari alle norme imperative di legge e al buon costume.

La *ratio* della disposizione in esame è quella di tutelare la dignità dell’essere umano fin dal momento della sua formazione, abbracciando una impostazione normativa particolarmente restrittiva e garantista a tutela dell’embrione umano.

Ciò che caratterizza la maternità surrogata, a prescindere dalla tipologia concretamente configurata, oltre alla discrasia tra la madre biologica e intenzionale (nonché, eventualmente genetica) è, conseguentemente, la moltiplicazione della figura materna. In taluni casi si potrebbe arrivare alla circostanza per la quale sarebbero presenti tutte e tre le figure femminili, con conseguenti problemi sia dal

³² Alle pagine 7-13.

punto di vista del riconoscimento giuridico, sia dal punto di vista del coinvolgimento emotivo.

La delicatezza della tematica deriva, anche, dal coinvolgimento di un soggetto terzo rispetto alla coppia, la madre surrogata appunto, che partecipa attivamente, attraverso il proprio corpo, al compimento del progetto genitoriale della coppia committente.

Dato il divieto di maternità surrogata, i profili critici che la riguardano pervengono sotto i profili oggettivo e soggettivo.

Dal punto di vista soggettivo si richiama quanto sopra detto: la possibilità che la figura femminile si moltiplichi nelle diverse fasi di sviluppo del concepimento e della gestazione. Ma in alcuni casi la figura della madre surrogata è necessaria per la realizzazione del progetto genitoriale della coppia; è il caso della coppia omosessuale composta da due uomini che necessariamente deve ricorrere all'ausilio di una figura femminile per porre in essere una gravidanza (si necessita sia dei gameti femminili, che della surrogazione gestazionale).

Dal punto di vista oggettivo, il problema che si pone riguarda il ruolo della madre surrogata, a seconda che il rapporto con la coppia committente sia contrattualizzato e sia a titolo gratuito o a titolo oneroso. Per quanto riguarda la possibilità di regolamentare i rapporti giuridici tra le parti, si nota che in alcuni Stati si procede alla redazione di un vero e proprio accordo di surrogazione. A seconda che sia prevista, o meno, la dazione di una somma di denaro, ci si interroga sulla qualificazione etica del corpo della donna, la cui consistenza assiologica, secondo taluni e talune, rischierebbe di ridursi ad un'ottica meramente mercificatoria. In altre parole, laddove fosse previsto un corrispettivo il valore della donna rischierebbe di essere misurato in base alla sua utilità sociale³³.

³³ Si configurerebbero, inoltre, tutta una serie di problematiche nel caso in cui la madre surrogata si venisse a trovare nella condizione di dover abortire, per patologie proprie o del feto.

Un altro caso anomalo che potrebbe configurarsi è quello per cui la madre surrogata, a seguito del parto, si rifiutasse di consegnare il neonato, o la neonata, alla coppia committente.

Questa casistica evidenzia una serie di problematiche che il diritto difficilmente riesce a ricondurre a sistema, perché non riguardano esclusivamente aspetti giuridici, inoltre necessitano di operazioni di bilanciamento tra valori, talvolta, contrapposti tra loro.

La novella del 2004 non regola in alcun modo la maternità surrogata, ma solo la fecondazione omologa.

La surrogazione di maternità è stata configurata come reato di pura condotta. Peraltro, non avrebbero potuto essere perseguiti penalmente comportamenti tenuti all'estero, anche qualora le conseguenze si fossero verificate in Italia.

Questo punto è di fondamentale importanza, per due ordini di ragioni tra loro collegati: il primo concerne le condotte sanzionate, il secondo i più recenti sviluppi che hanno riguardato il reato in questione.

La norma fa, infatti, riferimento a tre condotte: l'organizzazione, la realizzazione e la (pubblicizzazione della) commercializzazione (della surrogazione di maternità).

Tali condotte, molto ampie, con l'avvento di Internet e della globalizzazione possono essere attuate da ogni dove (nonché, in ogni dove) ed avere ripercussioni dirette in Italia, si pensi, ad esempio, alla divulgazione in internet, tramite sito straniero, di notizie ed informazioni di natura propagandistica circa il commercio di gameti o rispetto alla maternità surrogata, in seguito alla quale una coppia fa nascere in Italia un figlio, o una figlia³⁴; o ancora, si pensi alla facilità di conoscere e raggiungere i Paesi e le cliniche in cui la maternità surrogata non è un reato e può essere, pertanto, legittimamente realizzata.

Il secondo ordine di ragioni attiene al d.d.l. 824/2024³⁵ con cui il Senato ha approvato la modifica al comma 6 introducendo la dicitura: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla maternità surrogata, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

³⁴ M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita: fonti, orientamenti, linee di tendenza: commento alla Legge 19 febbraio 2004*, cit., pp. 212-214.

³⁵ Al momento in cui si scriveva non era ancora entrata in vigore la legge n. 169/2024.

Con questa dicitura si è resa la maternità surrogata c.d. reato universale³⁶, portando con sé tutta una serie di complicate questioni e conseguenze che verranno ampiamente esaminate nel capitolo terzo³⁷.

È da ritenere che, in origine, con questa disposizione, il legislatore mirasse ad evitare a monte la possibilità che, sulla base di un contratto, il corpo della donna e la sua funzione riproduttiva potessero assurgere a merce di scambio economico.

Scelta che risulta in linea con l'art. 5 c.c., che prevede il divieto di porre in essere atti di disposizione del proprio corpo dai quali possa derivare una diminuzione permanente dell'integrità fisica e che si rivelino contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume.

In particolare, con riferimento ad un contratto di gestazione per altri, è difficile escludere che dall'esperienza della gravidanza e della nascita non possa derivare una diminuzione permanente dell'integrità fisica, pensando alle conseguenze che possono provenire da un parto complicato, ma non solo. È nell'ordine delle cose che vi siano delle conseguenze sull'integrità psicofisica della madre che derivano dall'esperienza del distacco e della rinuncia al bambino, o alla bambina, che per nove mesi si è portato/a in grembo e si è partorito/a; conseguenze sicuramente difficoltose da gestire.

Inoltre, il divieto di maternità surrogata appare coerente con gli artt.: 269 c.c. in base al quale madre è colei che ha partorito il bambino, o la bambina, di cui si tratta (in linea col brocardo: *mater semper certa est*)³⁸; 9, c. 2, l. n. 40 /2004 che stabilisce il divieto per la madre che partorisce a seguito di PMA di non essere nominata all'atto di nascita, derogando a quanto previsto dall'art. 30, c. 1, d.P.R. 396 del 2000 per qualsiasi altra madre. Da questo divieto, peraltro, si deduce che l'ordinamento italiano, in caso di maternità artificiale, presupposta a quella surrogata, riconosce come madre la donna che ha partorito, al di là dell'esistenza

³⁶ Espressione usata a livello mediatico, ma non tecnicamente corretta.

³⁷ Il capitolo terzo si rinvia alle pp. 114-143.

³⁸ Senza però trascurare i profili critici della norma, sottolineati in precedenza nella presente tesi, pp. 9-11.

di un legame genetico, fatto che di per sé ridurrebbe gli spazi per riconoscere la c.d. genitorialità sociale³⁹.

Dunque, quello che si può augurare è una riscrittura laica della legge n. 40/2004, svincolata dal concetto di famiglia tradizionale, che valorizzi al massimo il bene relazionale; che si pongano i presupposti per poter operare un concreto bilanciamento tra la tutela della *porteuse*⁴⁰ e il nascituro; che venga adottata una soluzione in grado di contemperare i principi fondamentali, sanciti sia all'interno della Costituzione, che della Cedu, di dignità, libertà, autodeterminazione, uguaglianza, solidarietà; infine, che vi sia una revisione razionale della risposta punitiva, quindi, dell'assetto punitivo predisposto all'interno della legge, poiché appare *ictu oculi* che l'effettività dell'apparato repressivo si sia progressivamente sgretolata, e che ciò che rimane sia un apparato sanzionatorio inequivocabilmente simbolico, del quale ci si avvale per un uso e consumo ideologicamente orientato.

3. Turismo procreativo: prima e dopo la legge n. 40/2004.

Stefano Rodotà scrive:

«L'autodeterminazione è momento e strumento del governo del sé, produce legittimamente i suoi effetti nella sfera di chi esercita il diritto. La pretesa di costituire questo diritto in potere di incidenza nella sfera giuridica altrui contraddice proprio la sua ragione fondativa. Più che di limiti all'esercizio si dovrebbe parlare di vera e propria inesistenza di poteri che rientrano nel contenuto del diritto.

³⁹ F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, cit., pp. 182-186.

⁴⁰ “*Porteuse*” è un termine francese, che si è scelto di utilizzare, accanto al termine nostrano “madre surrogata”, che significa “portatrice”. “*Porteuse*” così come “*gestatrice*” descrivono semplicemente il ruolo biologico e funzionale della donna all'interno di questa pratica, preservando chiarezza e oggettività terminologica. È un termine che si ritiene essere capace di portare l'attenzione sul corpo e sulla soggettività della donna, senza caricarla dello *status* parentale. Inoltre, è un termine che ha il pregio di essere straniero, quindi per chi scrive, è un termine lontano da lotte linguistiche, in cui ci si scontra sull'opportunità di ricorrere a una certa opzione linguistica anziché ad un'altra. Al contempo si è scelto di non utilizzare esclusivamente questo termine nel corso della trattazione, per non demonizzare parole nostrane, che è doveroso cercare di svuotare da valenze morali e riappropriarsene, per non farle diventare tabù in grado solo di limitare il discorso.

La rilevanza di questo problema può essere colta muovendo dal tempo del nascere e dalla possibilità di considerare i diritti «procreativi» appunto come forma di esercizio dell'autodeterminazione, come si sostiene in molte elaborazioni dei postumanisti. Ma questo sviluppo lineare trascura proprio il dato di realtà rappresentato dalla presenza dell'«altro», di cui la scelta procreativa è modalità costitutiva»⁴¹.

Dal principio del paragrafo, chiamato emblematicamente *I diritti «procreativi»*, Rodotà traduce in possibilità e limiti il contenuto del diritto di autodeterminazione, mettendolo in relazione con i diritti «procreativi», i quali se da un lato possono essere fatti rientrare nel perimetro dell'esercizio del diritto di autodeterminazione, costituendone una possibilità, dall'altro lato, implicando la procreazione la presenza di un «Altro», ossia del soggetto che verrà, rientrano tra i suoi limiti.

Rodotà prosegue scrivendo:

«La libertà di questa scelta, e dunque il suo rientrare nell'autodeterminazione, è indiscutibile per quanto riguarda il «se» procreare, che non può essere oggetto di sindacato nelle sue motivazioni da parte di qualsiasi soggetto esterno, che pretenda di stabilire chi sia legittimato alla procreazione e in quali situazioni. L'attitudine alla procreazione, peraltro, si è venuta progressivamente caratterizzando come situazione autonoma, con l'esclusione di essa come elemento caratterizzante, ad esempio, dell'istituto matrimoniale. [...].

Rimane problematica la questione del come e quando procreare, e soprattutto della libertà di determinare le caratteristiche della persona che deve nascere. Non si tratta di stabilire, in astratto e ideologicamente, se si abbia il diritto di «produrre l'uomo», ma di individuare condizioni e modalità di esercizio del diritto all'autodeterminazione in questi specifici casi»⁴².

Rodotà non dubita della possibilità di fare rientrare la scelta di procreare (o meno) all'interno del diritto di autodeterminazione, invece si interroga circa il *come* e il *quando* procreare, in quanto modalità costitutiva di un altro soggetto. Dunque, quali sono le condizioni per esercitare questo diritto? Quali sono le modalità con le quali lo si può esercitare?

⁴¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, GLF editori Laterza, Roma; Bari, 2012, p. 283.

⁴² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit. p. 284.

Rodotà prosegue:

«L'arricchirsi e il raffinarsi delle tecniche di procreazione assistita illustrano bene il nuovo rapporto tra volontà e vita e, in primo luogo, mettono in evidenza l'incompatibilità sempre più marcata tra diritto all'autodeterminazione e limitazioni all'accesso a queste tecniche legate a condizioni personali e sociali (è il caso, in particolare, della donna sola), che si traducono non solo in violazioni del principio di eguaglianza, ma incidono sulla stessa dignità della persona. Altri limiti, come quelli derivanti dal divieto di utilizzare gameti di un donatore o da regole riguardanti le metodiche procreative, rivelano tratti ideologici incompatibili con il diritto all'autodeterminazione o discendono da una inammissibile pretesa del legislatore di agire da scienziato e medico, nettamente censurata dalla già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 2010, che ha messo in evidenza come ciò possa comportare anche una violazione del diritto alla salute della donna.

Sono, queste, manifestazioni evidenti della volontà di custodire un diritto legato unicamente alla natura sì che, quando scienza e tecnica fanno venir meno il vincolo naturalistico, la regola giuridica dovrebbe ricostruire artificialmente appunto il vincolo scomparso»⁴³.

Rodotà ben evidenzia come la compressione del diritto all'autodeterminazione, causata dai vincoli disposti dal legislatore sotto forma di divieti apposti all'accesso alle nuove tecniche di PMA, si traduca in un'inaccettabile violazione del principio di eguaglianza, in una lesione della dignità della persona, nonché del diritto alla salute della donna.

Tuttavia, Rodotà si avvia alla conclusione e scrive:

«Una forzatura inammissibile e una missione impossibile, se così può dirsi. L'analisi dei dati di fatto rivela l'aggiramento delle norme di divieto attraverso il cosiddetto turismo procreativo, l'inconsistenza delle tesi che parlano di un disadattamento dei dati grazie alle tecniche di procreazione assistita, l'esistenza di legami affettivi più forti con il figlio fortemente voluto di quelli che si stabiliscono attraverso la procreazione naturale e l'adozione, come dimostrano in questi ultimi casi le più elevate percentuali di rifiuto. Si potrebbe aggiungere che la procreazione naturale non è preclusa alla donna sola, come non può esserlo la collaborazione di un terzo estraneo alla coppia, poiché a ciò si oppone l'inviolabilità della sfera privata di chi fa queste scelte e l'insindacabilità di motivi e modalità di una scelta personalissima, qual è appunto quella di procreare. Lo stabilirsi di un doppio binario procreativo è pericoloso, può dare origine a forme di discriminazione sociale nei confronti di

⁴³ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit. pp. 284-285.

chi viene al mondo con il soccorso della tecnica, come incautamente s'era cercato di fare in Gran Bretagna ai tempi del governo laburista di Tony Blair con la proposta della creazione di un separato registro dello stato civile per i nati da procreazione assistita»⁴⁴.

Quindi, riassumendo per concludere l'analisi del pensiero di Rodotà, e per giungere al punto di partenza di questo paragrafo, egli avanzando dalla possibilità di inquadrare i diritti procreativi⁴⁵ tra le forme di esercizio del diritto di autodeterminazione, sottolinea che, però, questo esercizio di autodeterminazione ha un'incidenza che va oltre il «Sé» e si ripercuote sull'«Altro», in quanto ne è la modalità costitutiva.

Dunque, quello che si mette in discussione circa la libertà di scegliere di procreare non è il «se», bensì il *come* e il *quando*.

I problemi e le questioni correlate a questi ultimi due punti sono state acuite dallo sviluppo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Ad oggi, infatti, sono numerosissime le tecniche che sopperiscono alle difficoltà naturali del mettere al mondo un figlio o una figlia. Anche per questo, viene sempre più in evidenza la incompatibilità tra il diritto all'autodeterminazione e i limiti che vengono posti all'accesso a tali tecniche, poiché si traducono in violazioni del principio di eguaglianza, incidono sulla dignità della persona; taluni di questi limiti evidenziano tratti ideologici incompatibili con il diritto all'autodeterminazione, ed altri ancora derivano dalla pretesa del legislatore di agire come medico e scienziato.

Tuttavia, questi limiti, si sottolinea, vengono aggirati e violati attraverso il turismo procreativo⁴⁶.

⁴⁴S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 285.

⁴⁵ Da più parti si è negata l'esistenza di un vero e proprio diritto alla procreazione; lo si evidenzia per restituire la cifra della conflittualità dell'argomento in discorso.

⁴⁶ Angelini scrive di ritenere più corretto parlare di “mobilità riproduttiva”, poiché la parola “turismo” rinvia ad un'idea di viaggio di piacere, risultando offensiva per quelle coppie che sono costrette a viaggi dolorosi per poter realizzare il proprio desiderio di genitorialità; così come anche la locuzione “esilio riproduttivo” è da evitare, poiché la parola “esilio” evoca una situazione in cui un soggetto si sposta dal proprio Paese perché impossibilitato nel godimento di un proprio diritto; mentre nel caso della surrogazione di maternità, F. Angelini ritiene non si possa parlare di una tale situazione, perché valuta la maternità surrogata una pratica non rispettosa del diritto altrui. Per questo sceglie, appunto, l'espressione “mobilità riproduttiva”. F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di*

Si può dire, quindi, che il turismo procreativo sia una forma di elusione, di disobbedienza, una reazione, rispetto al tentativo di limitare dei diritti, quelli procreativi, che rientrano nell'esercizio della propria autodeterminazione (nonostante l'esercizio di questa non rimanga confinato alla propria persona). Ossia, il turismo procreativo, sarebbe la forma che assume il tentativo di circumnavigare il divieto disposto dalla l. n. 40/2004 all'art. 12, c. 6⁴⁷; si sostanzia nella: «Messa in atto di “pratiche di resistenza contro il proprio diritto nazionale vissuto come in-giusto” (Long & Naldini 2015: 163)»⁴⁸

Il Ministero della salute ha realizzato delle rilevazioni empiriche, che hanno attestato un forte impatto della legge n. 40/2004 sulla prassi medica. Tra il 2003 e il 2005 (quindi, immediatamente prima e immediatamente dopo l'entrata in vigore della legge) i risultati ottenuti attraverso il ricorso alla PMA nei centri italiani sono molto cambiati.

Limitandosi qui all'aspetto riguardante il turismo procreativo, si è osservato che nei primi dodici mesi di applicazione della legge, il numero di coppie italiane che si sono rivolte a centri esteri, operanti in Paesi aventi una disciplina più flessibile ed aperta in materia di PMA, è più che triplicato, passando da 1.066 a 3.600.

A tal proposito, rileva la sentenza n. 151/2009, che ha ridisegnato i contorni della fattispecie delittuosa di cui all'art. 14, c. 2 e c. 6, l. n. 40/2004, eliminando sia il divieto di produrre più di tre embrioni per ciascun ciclo di trattamento di PMA, sia l'obbligo di trasferire immediatamente e contemporaneamente tutti gli

maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia, cit., pp. 182-183.

Ritengo, tuttavia, di parlare di “turismo procreativo” in quanto espressione, a mio avviso, più in grado di descrivere non solo il fenomeno in sé per sé, ma anche di evocare al meglio la rappresentazione che è stata fatta di quei luoghi in cui non solo è possibile accedere alla maternità surrogata, ma è anche legittimo. E che, pertanto, rendendo possibile ciò che qui è vietato, vengono percepiti come mete da raggiungere.

⁴⁷ Perché il divieto esplicito sopra citato, di fatto, trasferisce la realizzazione del contratto di maternità surrogata al di fuori dell'ordinamento italiano, ed anzi, pone quest'ultimo davanti ad un fatto ormai compiuto, del quale vanno valutate le conseguenze; sposta le questioni giuridiche sul terreno dei rapporti di diritto internazionale privato e tra ordinamenti, nei quali diventa estremamente rilevante la nozione di “ordine pubblico internazionale”.

⁴⁸ P. RONFANI, *I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità*, “Sociologia del diritto”, n. 1, 2020, pp. 76-89.

embrioni prodotti (ad oggi ciò che si vieta è la produzione di embrioni in numero superiore a quello strettamente necessario).

Con questa sentenza, la Corte costituzionale ha posto le basi per un ridimensionamento del turismo procreativo. Infatti, le coppie italiane con problemi di sterilità non sarebbero più state costrette a rivolgersi a centri esteri, per sottrarsi al vincolo di tre embrioni producibili per ogni ciclo di PMA imposto dalla legge 40/2004.

La sentenza ha avuto anche degli importanti riflessi in tema di diagnosi genetica preimpianto, la quale non poteva essere praticata in Italia perché correlata al limite dei tre embrioni; quindi tolto quest'ultimo limite sono state possibili anche le indagini preimpianto, attenuando ulteriormente il turismo procreativo, anche se, in tema di diagnosi preimpianto, rimane un problema circa i requisiti ai fini dell'accesso a tale tecnica: è controverso se l'accesso sia o meno consentito alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche, ma non sterili.

Dopo la sentenza n. 151/2009, per quanto attiene al turismo procreativo, le ragioni per cui le coppie italiane potevano essere indotte a rivolgersi a centri esteri di PMA erano sostanzialmente tre: per la fecondazione eterologa, la surrogazione di maternità e la diagnosi preimpianto nel caso di coppie non sterili ma portatrici di gravi malattie genetiche.⁴⁹

Rimanendo sul versante del turismo procreativo alimentato dal divieto di surrogazione di maternità, vi sono state delle decise prese di posizione, che hanno voluto ribadire la rilevanza penale della condotta delle parti, rispetto all'accordo a titolo oneroso di surrogazione di maternità⁵⁰, in modo tale da confermare il divieto di ordine pubblico, come sancito dalla decisione della Corte di Cass. 11 novembre 2014, n. 24001⁵¹.

⁴⁹ E. DOLCINI, *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, cit., pp. 1673-1674.

⁵⁰ G. DI ROSA, *Famiglia (bioetica e diritto)*, in "Enciclopedia del Diritto", n. 4, 2022, pp. 395-399.

⁵¹ Nel caso di specie, con ricorso del 20 gennaio 2012, il pubblico ministero presso il Tribunale per i Minorenni di Brescia chiedeva venisse dichiarato lo stato di adottabilità del minore P.C., nato in Ucraina, figlio dei coniugi sig. P.D. e sig.ra Pa. An..

All'interno di questa decisione, la Cassazione sancisce che il certificato ucraino non avrebbe potuto essere riconosciuto in Italia, tra le altre cose⁵², anche perché lesivo dell'ordine pubblico e, in particolare, contrario al divieto di maternità surrogata sancito dalla legge 40/2004.

Dato che il limite dell'ordine pubblico viene assunto come motivazione principale per respingere il ricorso da un lato, e confermare la decisione della Corte d'appello di Brescia dall'altro, allora si rivelano fondamentali la distinzione e la delimitazione delle nozioni di ordine pubblico e di ordine pubblico internazionale.

Secondo i ricorrenti, l'ordine pubblico richiamato non coincide con il c.d. ordine pubblico interno, cioè con qualsiasi norma inderogabile dell'ordinamento italiano, bensì con l'ordine pubblico internazionale, costituito dai soli principi fondamentali caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico; sicché occorre individuare i valori condivisi dalla comunità internazionale armonizzandoli con il sistema interno. In quest'ottica, non è, dunque, sufficiente avere individuato la violazione del divieto di cui alla l. n. 40 del 2004, ma occorre tener conto delle dichiarazioni e convenzioni internazionali ispirate alla protezione dei minori, *in primis* la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in

Si precisa che i coniugi avevano ampiamente superato il limite di età entro il quale è consentita l'adozione del neonato e per tre volte si erano visti respingere la domanda di adozione per «grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità».

Riferiva che i coniugi erano sottoposti a procedimento penale per il delitto di alterazione di stato, sospettandosi la non veridicità della loro dichiarazione di nascita, in quanto la sig.ra Pa. aveva subito un intervento di isterectomia nel 2010 e il sig. P. era affetto da oligo-spermia.

Con decreto del 31 gennaio 2012 il Tribunale, comunicata la richiesta del PM ai coniugi P., nominava un curatore speciale per il minore e affidava quest'ultimo ai servizi sociali con collocazione presso gli apparenti genitori.

Costituitisi, i coniugi P. dichiararono che la sig.ra Pa. non era in realtà madre biologica del piccolo C., il quale era stato generato grazie a surrogazione di maternità conformemente alla legge ucraina, che consente tale pratica.

Il Tribunale, accertato mediante consulenza tecnica di ufficio che anche il sig. P. non era padre biologico del minore, e che, dunque, mancava del tutto il legame biologico tra la coppia e il bambino, contravvenendo alla legge ucraina che ammetterebbe le tecniche di surrogazione di maternità a condizione che almeno il 50% del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente, dichiarava lo stato di adottabilità di quest'ultimo, disponendo il collocamento del medesimo presso una coppia da scegliersi tra quelle in lista per l'adozione nazionale, sospendeva i coniugi P. dall'esercizio della potestà di genitori e nominava un tutore.

⁵² La situazione in cui la Cassazione si trovava ad intervenire era, infatti, complicata dall'assenza di legami biologici e dalla violazione della legge ucraina, che aveva reso nullo l'atto di nascita.

Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, che sancisce all'art. 3 che: «L'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente», nonché l'analoga previsione del reg. CE n. 2201/2003⁵³, art. 23; queste disposizioni avrebbero dovuto costituire il parametro di base dei principi di ordine pubblico internazionale sui quali fondare la decisione, secondo i ricorrenti. Senza trascurare, inoltre, i principi sanciti dall'art. 31 Cost. in tema di protezione dell'infanzia, in forza dei quali deve ritenersi che, a prescindere dalla nullità dei contratti di maternità surrogata prevista dalla l. n. 40 del 2004, una volta che un tale contratto abbia avuto esecuzione ed il bambino sia nato e sia stato immediatamente accolto dalla coppia committente, ciò che conta è assicurare che egli conservi gli stessi genitori che ha avuto sin dalla nascita; ossia, bisognerebbe garantire la continuità affettiva fra i genitori sociali e il bambino che da questi ultimi è stato amorevolmente accolto e accudito. Insomma: «Il superiore interesse del minore (...) costituisce il parametro ed il principio di ordine pubblico internazionale a cui conformare ogni decisione»⁵⁴, e nella specie il piccolo C. era stato amorevolmente atteso ed accudito dai coniugi P., fino a quando non è stato loro sottratto, con trauma indelebile: «Nel mero perseguimento della punizione dei coniugi P., colpevoli di avere eluso la legge italiana»⁵⁵.

La Corte di cassazione dapprima conferma che la nozione di ordine pubblico internazionale differisce sostanzialmente da quella di ordine pubblico interno, ed osserva che sia certamente esatto che l'ordine pubblico non si identifica semplicemente con le norme imperative dell'ordinamento, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico; ma ritiene, invece, inesatto che tali principi si identifichino meramente, come sostengono i ricorrenti, con: «I valori condivisi della comunità internazionale che il prudente apprezzamento del Giudice non può trascurare, armonizzandoli con il sistema interno». L'ordine pubblico internazionale, infatti, è il limite che l'ordinamento

⁵³ Il regolamento è stato abrogato.

⁵⁴ Corte di Cassazione, sez. I civ, sent. n. 24001, 26 settembre 2014.

⁵⁵ Corte di Cassazione, sez. I civ, sent. n. 24001, 26 settembre 2014.

nazionale pone all' ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della propria coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende *anche* principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e, perciò, irrinunciabili. Secondo la Corte, da tale visione della nozione di ordine pubblico non può discendere un contenuto di quest'ultimo che si riferisca esclusivamente alle regole e agli obblighi di origine internazionale e sovranazionale, come sostenuto dalle parti, dovendosi invece considerare l'ordinamento nazionale nella sua completezza, quindi assumendo un contenuto che comprenda anche i principi basilari dell'ordinamento nazionale.

Fatta questa premessa, la Corte concentra la propria attenzione su alcuni di questi principi e in particolare su quelli desumibili dal codice civile, come l'art. 269, c. 3, in base al quale madre è colei che partorisce, e l'art. 12 della legge n. 40/2004 che prevede l'espresso divieto di maternità surrogata, divieto peraltro riconfermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 162/2014, che ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di PMA eterologa, sancito all'art. 4, c. 3, della stessa legge.

Dall'insieme di tutte queste argomentazioni, la Corte fa discendere la chiara conclusione 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. Vengono qui in rilievo la dignità umana, costituzionalmente tutelata, della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché è soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, che l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità privi di legami biologici con il nato⁵⁶.

Ma la Suprema corte va oltre a queste considerazioni ed entra nel dibattito sulla surrogazione di maternità, precisando, coerentemente con la difesa

⁵⁶ Corte di Cassazione, sez. I civ, sent., 11 novembre 2014, n. 24001.
Si precisa che la data dell'udienza è il 26 settembre 2014.

dell'istituto dell'adozione, che le aperture che si sono registrate in dottrina e giurisprudenza, nei casi di surrogazione di maternità, hanno avuto a riguardo vicende in cui veniva praticata la surrogazione eterologa; cioè la situazione che si presentava era quella per cui la gestante non aveva alcun legame genetico col bambino o la bambina, inoltre, almeno il gamete maschile proveniva dalla coppia committente, permettendo di preservare il più possibile il legame biologico nella genitorialità.

Infine, nell'ultima parte della sentenza la Corte affronta il tema avendo come punto di riferimento i rapporti fra ordinamenti, e rimanendo ben radicata al diritto internazionale e ai suoi principi fondamentali.

Innanzitutto, esclude l'applicazione dell'art. 23 del regolamento CE n. 2001/2003, perché esso si riferisce esclusivamente all'applicazione delle decisioni giudiziarie⁵⁷, e non a quella degli atti amministrativi (come nel caso della richiesta di trascrizione dell'atto di nascita). Infine, per quanto riguarda il richiamo alle sentenze gemelle della Corte EDU, del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia* e *Labasse c. Francia*, che hanno affermato il diritto del bambino nato da maternità surrogata ad essere riconosciuto come figlio legittimo della coppia committente, la Corte sottolinea come tali pronunce abbiano riconosciuto un ampio margine di apprezzamento ai singoli Stati, necessario per far fronte all'esigenza di rispondere ai profili etici aperti da questo particolare tipo di contratto. Inoltre, si sottolinea come il giudice europeo consideri un motivo legittimo di superamento di questo margine di apprezzamento il riconoscimento del rapporto di filiazione, che trae origine dall'esistenza di un legame biologico tra il padre committente e il bambino, o la bambina. La mancanza di questo riconoscimento si tradurrebbe nella violazione dell'art. 8 CEDU⁵⁸. È, peraltro, utile segnalare che la Corte europea dei

⁵⁷ La norma permette di non riconoscere le sentenze straniere relative alla responsabilità genitoriale «se, tenuto conto dell'interesse del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto».

⁵⁸ Art. 8, c. 1: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza». Quindi, a tali condizioni, non riconoscere il rapporto di filiazione sarebbe in contrasto con l'interesse superiore del minore, perché lo priverebbe del diritto all'identità, alla cittadinanza, al rapporto legalmente riconosciuto con la propria famiglia (in particolare con il padre biologico) e ai diritti successori.

diritti umani (CEDU) in tema di GPA, ha emanato delle decisioni che si sono concentrate per lo più sul diritto alla vita privata e familiare dei figli e dei genitori, guardando principalmente alla trascrizione dell'atto di nascita formatosi all'estero, anziché direttamente al corpo della gestante.

Ad ogni modo, la decisione della Cassazione segna un primo punto fermo nella difficile questione del contratto di surrogazione di maternità e del limite di ordine pubblico. La questione origina dalle interpretazioni, dottrinali e giurisprudenziali, nelle quali si ripropone la *vexata quaestio* relativa alla contrapposizione tra “ordine pubblico interno” ed “ordine pubblico internazionale”.

In relazione alla giurisprudenza considerata, la questione nasce, in particolare, dall'interpretazione, e consequenziale applicazione, errata della nozione di ordine pubblico al divieto di maternità surrogata. Per esempio, alcune interpretazioni hanno portato ad escludere dal contenuto dell'ordine pubblico internazionale i principi riconducibili alle norme interne dell'ordinamento nazionale, per via di una sua interpretazione aperta, che vi riconduce all'interno altri principi. Chiaramente questo ha creato diverse incertezze ed ambiguità, perché si riempie la nozione di ordine pubblico internazionale solamente con i principi della comunità internazionale, fra i quali occupa una posizione di spicco il *best interest of the child*, con la conseguenza che prevale il rapporto di genitorialità fra la coppia committente e il bambino, anche laddove non vi sono legami biologici, anziché la contrarietà della maternità surrogata all'ordine pubblico interno.

Questa interpretazione è stata anche avallata da un orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'eccezione di ordine pubblico: «Non può condurre a negare l'applicazione nel territorio dello Stato di qualunque norma o provvedimento stranieri contrastanti con le norme inderogabili dell'ordinamento»⁵⁹ in quanto andrebbe tenuto conto: «Delle esigenze legate alla

⁵⁹ Corte di cass., sez. civ. lavoro, sent. 25 novembre 2010, n. 23933.

partecipazione dello Stato alla comunità internazionale»⁶⁰, la quale tutela a propria volta i diritti fondamentali dell'uomo attraverso la nozione di ordine pubblico internazionale.

Quindi, il delitto di surrogazione di maternità è visto come limite di ordine pubblico, quest'ultimo concetto la cui delimitazione è stata fondamentale ai fini dell'inquadramento della fattispecie stessa di surrogazione di maternità, rispetto alla quale il turismo procreativo si pone come reazione e della quale si indaga la punibilità.

Di ciò si trova conferma nella sentenza costituzionale n. 33/2021, con la quale la Consulta ha ribadito, peraltro, l'orientamento espresso dalla pronuncia n. 12193/2019 della Cassazione civile a sezioni unite, circa il limite opposto dalla previa realizzazione del delitto di surrogazione di maternità al successivo riconoscimento in Italia del provvedimento straniero attestante il legame di filiazione tra il genitore c.d. intenzionale e il minore nato all'estero dalla gestante su commissione⁶¹.

È evidente che nei rapporti di diritto internazionale privato l'esigenza di ricorrere al limite dell'ordine pubblico sia connaturata all'apertura verso altri ordinamenti, infatti è possibile ricorrere a detta eccezione ogni volta che dall'applicazione di una legge o sentenza straniera, o dal riconoscimento di un provvedimento straniero, possa derivare una lesione dei principi fondamentali dello Stato che dovrebbe accoglierlo.

Emergono, dell'ordine pubblico, la c.d. vocazione universalistica e la funzione «protettiva»; l'ordine pubblico assurge a «fortezza» e «ponte»⁶² verso l'esterno, rispetto al nucleo dei principi e diritti fondamentali dell'ordinamento.

Pertanto, tutte le precisazioni fatte portano a condividere la posizione assunta dalla Corte di cassazione, nella sentenza n. 24001/2014, che ritiene che la

⁶⁰ Corte di cass., sez. civ. lavoro, sent. 25 novembre 2010, n. 23933.

⁶¹ Si richiama il limite del rispetto dell'ordine pubblico internazionale, ai sensi degli artt. 18 D.P.R. n. 396/2000 e 16 e 65 l. n. 218/1995, che viene in collisione con l'atto di riconoscimento del certificato di nascita, in violazione del divieto di cui all'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004.

⁶² Espressioni di F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 83 ss.

maternità surrogata sia contraria all'ordine pubblico accolto nel nostro Paese⁶³; questo sia per via della violazione della dignità della madre surrogata, sia a causa della violazione del principio del *best interest of the child*, la cui garanzia è affidata (nel nostro ordinamento) alle valutazioni contemplate dalla legge sull'adozione; valutazioni che vengono aggirate attraverso il contratto di maternità surrogata eterologa⁶⁴.

Secondo la Corte, lo sbarramento deriverebbe dalla circostanza che il divieto di cui all'art.12, c. 6, l. n. 40/2004 andrebbe qualificato come: «Principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, tra cui la dignità della gestante»⁶⁵. Così dicendo la Consulta ha aderito alle argomentazioni della giurisprudenza dominante⁶⁶.

Di seguito, la Corte ha analizzato la rilevanza del concreto interesse del minore, ritenuto dal giudice *a quo* in grado di controbilanciare il limite di ordine pubblico, al riconoscimento della genitorialità di intenzione.

Riguardo ciò, le sezioni unite della Cassazione avevano già reputato l'interesse del minore soccombente rispetto ai valori fondamentali della dignità umana e dell'istituto dell'adozione, in quanto il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco era già stato operato dal legislatore al momento della formulazione del divieto di surrogazione della maternità; pertanto, il giudice decidente sulla

⁶³ F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, cit., pp. 177-190.

⁶⁴ Si è precisato il tipo di surrogazione, poiché all'interno del nostro ordinamento, nel momento in cui si chiede la trascrizione del certificato di nascita è proprio l'esistenza (o la inesistenza) di legami biologici tra il neonato o la neonata, e i genitori intenzionali a rilevare ai fini del riconoscimento del rapporto di filiazione. Infatti, l'esistenza di un vincolo genetico con il padre porta a far prevalere il diritto alla vita privata e familiare del bambino di cui all'art. 8 CEDU, ed anche i diritti e doveri dei genitori sanciti all'interno della nostra Costituzione.

⁶⁵ Corte cost., n. 33/2021.

⁶⁶ Cass. civ., sez. un., n. 38162/2022 in riferimento alla surrogazione di maternità scrive che «tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna. La gestazione per altri lede la dignità della donna e la sua libertà anche perché durante la gravidanza essa è sottoposta ad una serie di limiti e di controlli sulla sua alimentazione, sul suo stile di vita, sulla sua astensione dal fumo e dall'alcol e subito dopo il parto è oggetto di limitazioni altrettanto pesanti causate dalla privazione dell'allattamento e dalla rescissione immediata di ogni rapporto con il bambino».

trascrizione del provvedimento straniero dovrebbe semplicemente recepire tale bilanciamento, senza potervi sostituire la propria valutazione. La Consulta, invece, ha dato molta importanza alla questione, non riducendola a un aspetto formale del giudizio: «Non v'è dubbio, in proposito, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita [...] da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia»; e ciò sia per garantire l'identità del minore, sia per assicurargli la titolarità di tutti quei diritti che sono legati alla responsabilità genitoriale⁶⁷.

Dando atto della necessità di bilanciare gli interessi in gioco, la Corte costituzionale ha constatato l'esistenza di un margine di apprezzamento dell'ordinamento, circa la scelta dei mezzi di riconoscimento giuridico del legame tra il minore e il genitore intenzionale. Pertanto, se si considera impedita la trascrizione dell'atto straniero poiché contrario all'ordine pubblico, sarà necessario prevedere un rimedio giuridico alternativo in grado di garantire lo *status filiationis* del minore. A tal proposito, si è pensato all'adozione in casi particolari ex art. 44, c. 1, lett. d), l. n. 184/1983, ma la Corte si è parzialmente distaccata dal diritto nazionale vivente e ha condiviso quanto rilevato dal giudice rimettente in ordine alla parziale inadeguatezza dell'istituto civilistico, che impedirebbe di configurarlo come degno sostituto della trascrizione. Quindi, affinché l'ordinamento possa esercitare l'opzione connessa al riconosciuto margine di apprezzamento, è necessario che l'adozione venga attuata attraverso un procedimento: «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»⁶⁸.

Date le mancanze dell'ordinamento, la Corte costituzionale ha dichiarato la inammissibilità delle questioni, e ha invitato il Parlamento a intervenire con una disciplina capace di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi

⁶⁷ Corte cost., n. 33/2021.

⁶⁸ Corte cost., n. 33/2021.

dei bambini nati da maternità surrogata, nel difficile contesto del bilanciamento tra la finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e la necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori.⁶⁹

La Corte, infatti, non solo ha dichiarato inadeguato lo strumento di cui all'art. 44, lett. d), legge n. 184/1983, ma anche necessario l'intervento del legislatore per: «L'ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».⁷⁰

Bisogna, infine, prendere atto del cambiamento che ha riguardato, e sta tutt'ora riguardando, il panorama della maternità surrogata; e che avrà delle importanti ripercussioni sul turismo procreativo.

Il 19 gennaio 2023 è stata emanata dal Ministero dell'Interno (in particolare, dal Dipartimento per gli affari interni e territoriali) la circolare n. 3, con la quale è stato segnalato a tutti i Prefetti, a tutti i Commissari governativi, al Ministero degli Esteri, al Ministero della Giustizia, all'Associazione Nazionale Comuni Italiani e all'Associazione Nazionale degli Ufficiali di stato civile d'Anagrafe il contenuto della sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022, pronunciata dalla Cassazione a Sezioni Unite, in materia di riconoscimento di figli nati all'estero a seguito di surrogazione di maternità.

Dapprima si è sottolineato come, in Italia, possa essere riconosciuto solamente il genitore legato geneticamente alla persona neonata, mentre il c.d. genitore "intenzionale" potrà soltanto adottarlo ex art. 44, lett. d), della legge adozione, anche se risulta già suo figlio o figlia nel Paese in cui si è formato l'atto di nascita; dopodiché, il Ministero ha invitato i destinatari della nota a darne comunicazione a tutte le sindache e i sindaci italiani per assicurarne una puntuale e uniforme osservanza.

⁶⁹ V. TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", n. 3, 2021, pp. 1043-1070.

⁷⁰ Paragrafo 5.1 della sent. Corte cost., n. 33/2021.

Il 10 marzo 2023 il prefetto di Milano ha inviato a tutti i Sindaci dell'area Metropolitana di Milano una propria nota, nella quale, adottando una lettura estensiva, sollecitava la sospensione della trascrizione di tutti gli atti di nascita (di bambini e bambine) voluti da coppie dello stesso sesso, a prescindere dalla tecnica di procreazione adoperata.

I limiti e le preclusioni, individuati dal prefetto, nella formazione degli atti di stato civile sono i seguenti: il genitore non legato geneticamente al nato all'estero a seguito di surrogazione di maternità, non potrà essere riconosciuto all'anagrafe; solo la madre che ha partorito potrà essere riconosciuta come madre, laddove si tratti di una coppia formata da due donne che ha ricorso alla fecondazione assistita eterologa all'estero, a seguito della quale la bambina, o il bambino, sia nato in Italia.

Il prefetto, sulla base della circolare n. 3 del 2023 del Ministero dell'Interno, ritiene che il Sindaco non potrebbe riconoscere il genitore c.d. intenzionale, anche nel caso in cui fosse indicato negli atti di nascita formati all'estero, in conformità delle *lex loci*, anche senza che vi sia stata surrogazione di maternità. La nota si conclude affermando la necessità, nel caso di formazione di atti dello stato civile in difformità rispetto a quanto indicato, di informare la Procura della Repubblica, affinché questa possa cancellare dall'atto di nascita italiano l'indicazione del genitore intenzionale, attraverso la procedura di cui all'art. 95 del d.P.R. 396/2000.

Alcuni tribunali hanno iniziato ad annullare il riconoscimento della c.d. madre sociale, nel certificato di nascita di minori nati a seguito della PMA eterologa di coppia lesbica.

Rispetto la questione della tutela dei minori, il 14 marzo 2023 la commissione Politiche europee del Senato ha respinto la proposta di regolamento europeo che prevedeva la creazione di un certificato europeo di filiazione. L'obiettivo del regolamento era quello di dare stabilità e certezza giuridica allo *status filiationis*, a prescindere dal modello familiare, per garantire la libertà di circolazione all'interno dell'UE. L'aspetto centrale di questa proposta di regolamento è che la filiazione accertata in uno stato membro dell'UE debba essere

riconosciuta in tutti gli altri stati membri, senza alcuna procedura specifica. La considerazione fatta dalla commissione Politiche europee del Senato, per respingere la proposta di regolamento presentata è che: «Condizione essenziale che la proposta preveda esplicitamente la possibilità di invocare la clausola dell'ordine pubblico in via generale su tutti i casi di filiazione per maternità surrogata, a condizione di assicurare una tutela alternativa ed equivalente, quale quella del citato istituto dell'adozione in casi particolari, e che ciò valga esplicitamente anche con riguardo al certificato europeo di filiazione».

Da metà maggio 2023 la Procura di Padova ha ufficialmente impugnato con il procedimento di rettificazione gli atti di nascita di 33 minori accolti in famiglie omoaffettive femminili, registrati dal 2017 ad oggi dall'Ufficiale di stato civile; il Tribunale di Milano il 23 giugno 2023 ha dichiarato inammissibile il ricorso della Procura ex art. 95 D.P.R. 396/2000, rispetto ai certificati di nascita di minori di coppie omosessuali femminili, mentre accoglieva l'annullamento di una trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato da GPA effettuata all'estero da una coppia omosessuale maschile; infine, la Cassazione a sezioni unite, con la sentenza 38162/2022 estende il principio di diritto al minore nato in Italia all'interno di una coppia omoaffettiva lesbica, cancellando la trascrizione dell'atto di nascita in cui erano indicate la madre biologica e la madre intenzionale⁷¹.

Per finire, è stata presentata una proposta di legge il 23 marzo 2018, a iniziativa dei deputati⁷², approvata definitivamente dal Senato in data 16 ottobre 2024⁷³, volta a modificare l'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano.

Si riprendono qui alcuni passaggi della presentazione in Aula:

⁷¹ M. DI MASI, *Sei capelli per pensare la gpa e la tutela dei minori*, in "BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto", n. 3, 2023, pp. 139-164.

⁷² MELONI, RAMPELLI, CIRIELLI, RIZZETTO, ACQUAROLI, BELLUCCI, BUCALO, BUTTI, CARETTA, CIABURRO, CROSETTO, LUCA DE CARLO, DEIDDA, DELMASTRO DELLE VEDOVE, DONZELLI, FERRO, FIDANZA, FOTI, FRASSINETTI, GEMMATO, LOLLOBRIGIDA, LUCASELLI, MASCHIO, MOLLICONE, MONTARULI, OSNATO, ROTELLI, SILVESTRONI, TRANCASSINI, VARCHI, ZUCCONI.

⁷³ La Camera aveva approvato il d. d. l. in prima lettura il 26 luglio 2023.

«La legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, all’articolo 12, comma 6, prevede che “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”. Questo divieto, tuttavia, opera solo a livello nazionale, mentre in altri Paesi, sia europei e soprattutto extraeuropei come India e Stati Uniti d’America, tali pratiche sono legali. Questo ha dato luogo e sta dando luogo in questi anni alla diffusione del cosiddetto turismo procreativo, cioè di quel fenomeno per cui coppie italiane che non possono avere figli si avvalgono della tecnica della surrogazione di maternità [...]»⁷⁴.

«Negli ultimi anni i giudici italiani hanno dovuto confrontarsi con il fenomeno del ricorso alla maternità surrogata all’estero e l’impossibilità, stante la normativa vigente, di sanzionare penalmente tale fenomeno, ha spinto la giurisprudenza a utilizzare approcci di diversa natura rispetto agli eventuali profili di responsabilità penale, concentrandosi prevalentemente, almeno in una prima fase, sull’analisi della configurabilità del reato di alterazione di stato di cui al secondo comma dell’articolo 567 del codice penale, che punisce con la reclusione da cinque a quindici anni “chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità” [...]»⁷⁵.

Sinora la giurisprudenza si è pronunciata solo in poche occasioni sulle problematiche legate alla surrogazione di maternità e solo recentemente si è trovata a fare fronte alle conseguenze giuridiche del cosiddetto turismo procreativo. Con riferimento all’applicabilità del reato di cui al citato articolo 567 del codice penale, un’interpretazione diversa è stata fornita nell’aprile 2014 con una sentenza del tribunale di Milano, nella quale si è affermato che la trascrizione del certificato di nascita estero non avrebbe effetto costitutivo dello *status filiationis* ma solamente un mero effetto di pubblicità del registro di stato civile dell’atto formatosi all’estero, negando, di conseguenza, la configurabilità del delitto di alterazione di stato nella mera richiesta di trascrizione del certificato di nascita estero. Di contro, la sentenza di Milano ha, invece, riconosciuto i due coniugi indagati colpevoli del reato di cui all’articolo 495 del codice penale, rubricato “Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri”, il quale punisce con la reclusione da uno a sei anni “Chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l’identità, lo stato o le altre qualità della propria o dell’altrui persona” a

⁷⁴ Di seguito si dà atto delle diverse forme che può assumere la maternità surrogata e se ne dà un giudizio fortemente negativo, descrivendo le pratiche della surrogazione di maternità come «un esempio esecrabile di commercializzazione del corpo femminile e degli stessi bambini che nascono attraverso tali pratiche, che sono trattati alla stregua di merci». Dopo di che, vengono citate la mozione approvata dal Comitato nazionale per la bioetica il 18 marzo 2016, e la Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014, sulla politica dell’Unione Europea in materia, di cui alla risoluzione 2015/2229, approvata In ambito europeo il 17 dicembre 2015, nel corso dell’Assemblea plenaria del Parlamento europeo, entrambi documenti nei quali si parla della mercificazione del corpo della donna, dello sfruttamento delle sue capacità riproduttive, dovuti alla maternità surrogata. Si registra l’aumento del ricorso alle tecniche di maternità surrogata e attraverso l’ausilio di diversi esempi (quello dell’India e degli Stati Uniti, in particolare) si descrive tale fenomeno come un «business» a tutti gli effetti.

⁷⁵ Si ricorda che la dottrina italiana maggioritaria si è mostrata restia ad accettare un’attribuzione della qualifica di madre alla donna non gestante, adottando come parametro fondante il concetto giuridico di madre l’esperienza della maternità come anche sembra discendere dall’articolo 269 del codice civile.

causa della falsa dichiarazione resa dal marito in ordine alla qualifica di madre biologica della moglie. La falsa dichiarazione che si effettua nei casi di surrogazione di maternità sarebbe – secondo la sentenza – diretta a sottrarre al patrimonio conoscitivo dell'ufficiale di stato civile un elemento potenzialmente valutabile ai fini del rifiuto della trascrizione perché contraria all'ordine pubblico.

Nella medesima sentenza, peraltro, il giudice ha svolto alcune considerazioni non di poco rilievo in merito al desiderio di genitorialità, riconoscendone l'importanza ma ribadendo che questo non sia meritevole di tutela “allorché tale desiderio sia soddisfatto ad ogni costo, anche a probabile discapito del nascituro”.

La legislazione nazionale sul tema della filiazione, dalla Costituzione in poi, e quella sulle adozioni dedicano grandissima attenzione al fatto che il desiderio di genitorialità non violi i diritti del minore e non travalichi il dato materiale, cioè, per citare il giudice di Milano, “le condizioni per mezzo delle quali due soggetti possono naturalmente generare”. Appare evidente come non sia più possibile lasciare i tribunali soli davanti alle problematiche che sempre più spesso si stanno determinando a causa del ricorso da parte di cittadini italiani a pratiche di surrogazione di maternità effettuate all'estero, e quanto sia opportuno che la normativa nazionale sanzioni simili pratiche, esattamente come sono sanzionate se commesse in Italia, con ciò ribadendo in modo chiaro la nostra contrarietà allo sfruttamento e alla commercializzazione di fatto di donne e di bambini. La legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, scritta in un tempo in cui non esisteva ancora il turismo procreativo, ha lasciato un vuoto normativo, nulla prevedendo in ordine alla liceità o no della surrogazione di utero, e più in generale di maternità, attuata all'estero da cittadini italiani. Tuttavia, il codice penale, all'articolo 7, stabilisce espressamente la punibilità per taluni reati anche se commessi all'estero, prevedendo una riserva di legge in materia, in forza della quale la presente proposta di legge interviene proprio sulla legge n. 40 del 2004, introducendo la punibilità del reato anche quando lo stesso sia stato commesso in un Paese straniero»⁷⁶.

A fronte di quanto detto nell'intervento, la proposta di legge che è stata formulata è la seguente:

«Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero”».

Come già rilevato, l'obiettivo della presente proposta è di estendere la punibilità delle suddette condotte anche quando le stesse siano state commesse in un Paese straniero, da cittadino italiano.

⁷⁶ Il testo è stato reperito al sito: <https://documenti.camera.it/leg18/pdf/pdf/leg.18.pdf.camera.306.18PDL0003300.pdf> (ultimo accesso: 19/08/2025).

Molteplici sono gli effetti derivanti da una siffatta previsione⁷⁷: un primo, fondamentale, effetto consiste nell'estensione della rilevanza penale alla maternità surrogata praticata all'estero, al pari di quanto previsto oggi per quella praticata in Italia. In altri termini, un soggetto che decida di recarsi all'estero per eseguire tale tecnica sarebbe perseguibile in Italia, sebbene quel comportamento sia legittimo nel Paese straniero, ed anzi, considerato un vero e proprio esercizio di un diritto, con ciò determinandosi notevoli problemi di compatibilità con i principi cui è ispirato il nostro sistema penale; la minaccia di una sanzione penale "universale" potrebbe tradursi in un affievolimento dei livelli di tutela nei confronti del nato, o della nata, all'estero da maternità surrogata, in violazione dei principi convenzionali che impongono, invece, la preminenza dell'interesse del minore nel bilanciamento con gli altri diritti costituzionalmente rilevanti. La proposta di legge in esame, invero, lungi dal risolvere l'annoso problema del riconoscimento dello *status* giuridico del nato (o della nata), aggraverà piuttosto quel "vuoto di tutela" nei confronti dei figli, la cui necessità di protezione è stata ribadita sia dalla Corte Costituzionale che dalla giurisprudenza di Strasburgo. Con la Sentenza n. 33 del 2021 la Corte Costituzionale ha mosso un importante monito al legislatore circa la necessità di prevedere adeguati strumenti di tutela nei confronti del minore nato al di fuori delle ipotesi consentite dal nostro ordinamento, come a seguito di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita avvenute all'estero o di gestazione per altri. La giurisprudenza di legittimità, ha, infatti, consentito di recente alla trascrizione di atti di nascita formati all'estero, già attributivi secondo la legislazione straniera, di uno *status filiationis* rispetto a due genitori del medesimo sesso (nella specie due madri), che abbiano fatto ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita. Tuttavia, ciò non ha riguardato anche il diverso caso di figlio concepito all'estero ma nato in Italia da tecniche di

⁷⁷ Essi si indagheranno in maniera più diffusa nel terzo capitolo della presente tesi (che si estende alle pp. 114-143), quello che si cerca di fare qui è concentrare l'attenzione sul turismo procreativo.

procreazione medicalmente assistita, né da maternità surrogata praticata all'estero⁷⁸.

Peraltro, ritenere l'adozione ex. art. 44, lett. d), legge n. 184/1983 l'unica strada percorribile, da un lato espone il minore ai rischi dei tempi lunghi del procedimento e all'inerzia del genitore d'intenzione; dall'altro lato è una soluzione che non tiene conto del fatto che secondo il diritto di un altro Paese la famiglia esiste già formalmente, così come nella sostanza, in considerazione del legame affettivo esistente e dell'assunzione dei doveri genitoriali, pertanto non è necessario ricorrere a un istituto funzionale ad attribuire una famiglia a chi non l'ha⁷⁹.

Un altro aspetto che non può essere ignorato, anche se non è stato qui indagato, e che mi limito ad accennare, è che la legge n. 40 del 2004 vieta alle coppie omosessuali sia la possibilità di accedere a tecniche di fecondazione medicalmente assistita (sanzionando l'eventuale inosservanza con una cospicua sanzione amministrativa), sia il ricorso alla maternità surrogata (di rilievo penale); a fronte di questo, non può non tenersi conto della necessità di assicurare tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia, che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla *lex loci*, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale. Occorre, in altri termini, separare la fattispecie illecita dagli effetti che possono derivarne sul rapporto di filiazione e in particolare su chi ne sia stato in qualche modo "vittima"; e il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, in quanto interprete della collettività nazionale⁸⁰.

Le domande che sorgono, e che in seguito si proverà ad affrontare, sono relative alla pena prevista per coloro che contravvengono al nuovo divieto sì

⁷⁸ Cass. civ., sentenza n. 7668/2020, conf. 23319/2021.

⁷⁹ M. DI MASI, *Sei cappelli per pensare la gpa e la tutela dei minori*, cit., p. 162.

⁸⁰ Il dato statistico illustra che le coppie che ricorrono alla GPA all'estero sono per il 90% eterosessuali.

formulato; ci si chiede che effetti avrà sul turismo procreativo; se sia questa la formulazione migliore possibile, ma ancora prima, se sia la previsione di un divieto penale la migliore risposta possibile al fine di contrastare il turismo procreativo.

4. Un inquadramento teorico ai confini del diritto: la surrogazione di maternità, il mercato, il dono.

A conclusione di questa prima panoramica merita di essere svolta qualche ulteriore considerazione, anche di matrice extragiuridica necessaria a delimitare da un punto di vista concettuale il fenomeno della maternità surrogata.

L'idea di proprietà di sé viene usata spesso nel dibattito pubblico per affrontare situazioni conflittuali e polarizzate, che contrappongono, appunto, diverse opzioni morali, politiche e giuridiche.

C'è un ampio spettro di comportamenti, che vanno dalla GPA alla vendita di organi, dalla prostituzione all'uso del velo, che quando si verificano con il consenso del, o della, titolare, che deve essere una persona con determinati connotati (adulta, capace, dotata di autonomia personale e negoziale), sono difesi e rivendicati come espressione di una scelta libera del soggetto titolare su di un proprio bene, di cui può liberamente disporre⁸¹.

La libera disposizione del proprio corpo, a titolo oneroso o gratuito, passa, dunque, attraverso l'idea di proprietà di sé. La proprietà è il quadro concettuale che serve per sostenere la libertà di usare, disporre e alienare la propria persona, il proprio corpo, le proprie azioni. La proprietà di sé concettualizza l'autonomia individuale attraverso una categoria giuridicamente definita e retoricamente potente. Il modello proprietario, infatti, incarna la forma più intensa della protezione giuridica, alla quale ricorrere tutte le volte che si vuole predisporre una tutela forte⁸².

⁸¹ In merito al paragone tra GPA e donazione di organi M. NISTICÒ, *Gestazione per altri: l'improprio paragone con la donazione di organi*, in "Quaderni costituzionali", n. 2, 2016, pp. 373-376.

⁸² Concetto di S. RODOTÀ, *Diritti e beni*, in "Il terribile diritto", Il Mulino, Bologna, 2013, p. 460.

I rapporti riconducibili alla nozione di proprietà sono numerosi e variegati; rapporti che possono dare luogo a differenti tipi di proprietà.

La libera disposizione è assunta come carattere necessario della proprietà di sé e si traduce in diritti costruiti sul modello dei diritti patrimoniali, disponibili da parte di chi ne è titolare, e dotati della protezione che viene garantita dall'ordinamento alla proprietà privata.

La proprietà di sé spesso viene invocata come presupposto di rapporti contrattuali, ed è associata ad uno *status* di soggetto autonomo e responsabile. Responsabilità contrattuale e autodeterminazione, dunque libertà individuale, si esplicano nella piena capacità di disporre del proprio corpo.

Lo schema proprietario porta a formulare le scelte normative nei termini dell'opposizione tra beni disponibili e indisponibili, polarizzando le posizioni: da un lato v'è chi assume la piena disponibilità del proprio corpo, della propria vita, libertà e diritti; dall'altro lato si pone chi ha una concezione paternalista, che fa perno su concetti quali la dignità personale e l'eguaglianza.

Chi si pone nel primo gruppo, in nome dell'autodeterminazione e della libertà da ingerenze, affida beni fondamentali quali il corpo e la libertà personale ai rapporti contrattuali, a modelli liberisti e mercantili, che li descrivono come beni disponibili, commerciabili, rientranti nell'autonomia individuale. Chi si pone nel secondo gruppo sottrae scelte fondamentali alla autodeterminazione individuale e le consegna a soggetti altri, persone o istituzioni, senza protezioni e garanzie⁸³, poiché è una consegna totale, assolutista.

Questo discorso, in merito alla proprietà del sé, va specificato rispetto al tema della surrogazione di maternità. La liceità della surrogazione della maternità, infatti, viene sostenuta od osteggiata, innanzitutto, sulla base del concetto di proprietà di sé sopra delineato, poiché, come sopra detto, lo schema proprietario all'interno del quale la surrogazione di maternità si pone, conduce alla polarizzazione nell'ambito delle scelte normative; in secondo luogo, il concetto di

⁸³ A. FACCHI, *Sulle radici della proprietà di sé*, in "Il mulino, Rivisteweb", Materiali per una storia della cultura giuridica a. XLVIII, n. 2, 2018, pp. 427-442.

proprietà di sé, intrinsecamente legato alla maternità surrogata, porta a chiedersi, oltre alla possibilità di concepirla in assoluto, se essa sia realizzabile a titolo oneroso, o a titolo gratuito, o in entrambe queste forme, o in nessuna di esse.

Chi arriva alla conclusione per cui la persona titolare di diritti, libera e responsabile, è soggetto proprietario di sé, ritiene che tale *status* venga garantito dall'inalienabilità del proprio corpo e dei propri diritti fondamentali. Per cui, se il carattere costitutivo della proprietà di sé è lo *ius excludendi alios*, l'inalienabilità è la sua altra faccia, il suo fondamentale diritto di garanzia. Si tratta di una concezione di proprietà di sé, e dei caratteri del soggetto che ne è titolare, diversa e incompatibile rispetto a quella che la assimila alla proprietà di altri beni, ne uniforma i diritti corrispondenti, valorizzandone l'alienabilità e subordinandole lo *status* di autonomia e responsabilità del titolare⁸⁴.

Invece, per citare una voce contraria a questa ricostruzione, si farà riferimento a Carmel Shalev, che aderisce ad un'idea di proprietà di sé, nonché di autonomia, opposta rispetto a quella sopra richiamata.

Shalev si pone tra coloro che accolgono la surrogazione di maternità a titolo oneroso; asserisce che l'idea di pagare delle donne per un'attività riproduttiva preordinata, probabilmente colpisce il nostro senso morale per il semplice fatto che troviamo difficile distinguere tra la vendita di un bambino e la vendita di una prestazione femminile di procreazione. Tuttavia, quest'ultima, è evidentemente legittima, in base a questa concezione.

Shalev va oltre, e ritiene sia possibile realizzare la surrogazione di maternità attraverso lo schema contrattuale, e guardando al lato tecnico, asserisce la centralità del riconoscimento, da parte dell'ordinamento, della forza esecutiva del contratto in questione nell'eventualità dell'inadempimento. Da qui derivano una serie di problemi giuridici accompagnati a questioni rilevanti di politica sociale. Per esempio, Shalev si chiede se pur sapendo distinguere tra la vendita di un bambino e la vendita di servizi di procreazione, questi accordi non porteranno alla

⁸⁴ A. FACCHI, *Sulle radici della proprietà di sé*, cit., pp. 427-442.

formazione di una casta di fattrici pronta per lo sfruttamento economico, così come avviene per le prostitute. La risposta affermativa che molti danno a quest'ultima domanda, peraltro, viene usata come fondamento sulla base del quale opporsi alla possibilità di contrattualizzare la surrogazione di maternità, e anzi, per opporvisi in senso assoluto. Shalev avanza l'ipotesi per cui il rifiuto di riconoscere validità giuridica agli accordi di surrogazione di maternità derivi dal convincimento che le donne, a causa del loro sesso biologico, non sono in grado di agire come soggetti razionali e morali in relazione alla propria funzione procreativa. Al contrario, secondo Shalev, ogni individuo ha il diritto a determinare in modo autonomo tutte le questioni giuridiche afferenti alle paternità e maternità, prima del concepimento.

Ed è proprio il chiarimento precedente all'inizio della vita fetale a proteggere adeguatamente i diritti e gli interessi del futuro bambino, o bambina, nonché quelli della famiglia biologica. Dunque, il concetto cardine è quello di responsabilità, che sorge con, ed attraverso, il concepimento.

Si deve tenere presente che il denaro cementa gli accordi, per questo viene invocato da Shalev anche negli accordi di surrogazione. Infatti, la previsione di una retribuzione per la procreazione può trasformare la decisione consapevole di procreare, superando la differenza biologica tra i sessi, e consentendo alle donne di: «Rivendicare quel potere di generare la vita che è stato classificato sotto il patriarcato come segno della loro inferiorità»⁸⁵.

Ai fini di questo discorso può essere utile provare a tracciare le argomentazioni sia di chi è favorevole alla maternità surrogata, sia di chi è contrario, per poi concentrarsi sulla contrapposizione vendita-donazione, quindi mercato-dono⁸⁶.

⁸⁵ C. SHALEV, *Nascere per contratto*, a cura di G. AJANI e A. MAFFIODO, Giuffrè, Milano, 1992, p. 16.

⁸⁶ Per un'illustrazione dei diversi tipi di approcci legislativi in vari Stati, si rinvia a I. R. PAVONE, *Gestazione per altri e turismo procreativo: dalla proibizione alla regolamentazione?*, in "BioLaw Journal", n. 4, 2024, pp. 286-310; J. L. PEET, *A womb that is (not always) one's own: Commercial surrogacy in a globalized world*, in "International Feminist Journal of Politics", n. 2, 2016, pp. 171-189; S. J. KHADER, *Intersectionality and the ethics of transnational commercial surrogacy*, in "IJFAB: International Journal of Feminist Approaches to Bioethics", n. 1, 2013, pp. 68-90; S. ZULLO, *Dal divieto alla regolamentazione "a contratto" della gestazione per altri. Ragioni normative a confronto*, in "BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto", n. 2, 2024, pp. 115-123.

Innanzitutto, chi è favorevole a questa pratica ha evidenziato che essa non costituisce una pratica né più rischiosa, né più lesiva, delle altre tecniche di procreazione artificiale.

Viene concepita da chi è favorevole come “progetto collaborativo”, finalizzato al superamento della sterilità, addirittura consigliabile dal punto di vista medico qualora altre pratiche non siano né utili né sufficienti⁸⁷. Si mettono in rilievo gli interessi che vengono concretamente realizzati attraverso la maternità surrogata: la vita del minore e il valore della collaborazione, e questi vengono ritenuti sufficienti a giustificarne l'ammissibilità, fatta salva la necessità di regolamentazione.

Non vengono nascosti i rischi implicati dalla maternità surrogata. Rischi che sono connaturati alla natura delle obbligazioni del contratto, come per esempio la possibilità che la madre surrogata cambi idea; o dal punto di vista della madre surrogata, i pericoli della maternità, il trauma emozionale che scaturisce dalla separazione dal figlio, o dalla figlia, che diventa ancora più acuto quando la scelta della donna è dipesa dal bisogno economico.

Nonostante la gravità di questi rischi, si ritiene siano essi risolvibili, anche quelli derivanti dal legame che si instaura tra madre surrogata e feto. Infatti, quantunque il contributo della madre surrogata sia sicuramente intimo e personale, ciò non comprometterebbe in alcun modo il processo procreativo tradizionale, ossia quello per cui il figlio, o la figlia, sia la risultante del rapporto d'amore tra due persone; la maternità surrogata non nuoce alla unità della famiglia.

Sul versante della dignità della donna, i sostenitori e le sostenitrici di questa pratica ritengono che il rispetto di questa debba essere colto sul piano della responsabilità individuale: fintantoché al soggetto sia garantito l'esercizio di quella autonomia che gli garantisce di affermare la propria dignità, la dignità è preservata.

Cogliendo la specificità del potere di procreare, il suo riconoscimento come diritto incompressibile di disporre del proprio corpo assume il significato di una

⁸⁷ Ci sono forme di sterilità troppo gravi per essere curate, nonostante il progresso medico.

espansione del potere femminile e l'affermazione di questo potere cancellerebbe i rischi legati alla lesione della dignità della donna. Attraverso i contratti di surrogazione di maternità, la donna acquisterebbe nuovamente coscienza della propria femminilità e, in aggiunta, potrebbe assumere il controllo del proprio destino procreativo, che non coinciderebbe necessariamente con quello delineato dal sistema patriarcale. Le donne potrebbero scegliere di generare un figlio al di fuori del vincolo matrimoniale, esercitando i propri potere procreativo e diritto alla procreazione, rifiutando apertamente la connessione tra maternità biologica e maternità sociale, e potrebbero farlo, secondo alcuni, per mero spirito di solidarietà, per dividere il proprio potere con persone meno fortunate, e per altri imputando un valore di mercato alla prestazione offerta.

Invece, chi si oppone alla surrogazione di maternità anzitutto ritiene che la natura della prestazione richiesta alla madre surrogata determini una limitazione inaccettabile della sua libertà personale, nonché una serie di conseguenze negative per il minore e la società. Nello specifico, a livello sociale si ritiene che la commercializzazione della capacità procreativa possa legittimare una mentalità di sfruttamento e denigrazione, sia della maternità che dell'essenza del rapporto madre-figlio. Ne consegue una svalutazione dell'attività generativa e lo sfruttamento socio-economico delle funzioni biologiche, esclusivamente femminili, per cui la donna viene vista e trattata come strumento; e il fatto che venga riconosciuta e trattata come strumento rende difficile credere che il consenso da essa prestato sia davvero informato. Alla luce della spersonalizzazione della donna e della sua, consequenziale, identificazione nella propria attività procreativa, in aggiunta alla vulnerabilità femminile alimentata da un sistema patriarcale che conduce al suo sfruttamento economico, non si può non asserire che il consenso della donna sia mera finzione, poiché le questioni connesse al destino sessuale e riproduttivo delle donne non possono essere risolte tramite accordi personali. La presunzione che il previo consenso espresso, sotto forma di volontà contrattuale, impedisca a priori la formazione di un vincolo affettivo,

promuove una concezione della donna come “macchina riproduttiva”. Sicché, si produce una profonda lesione della dignità personale della donna.

Si riconosce che sia una tecnica riservata a coppie benestanti, e che potrebbe portare all’individuazione di nuove classi sociali, poiché l’onere di perpetrare la specie verrebbe posto a carico di donne economicamente e socialmente svantaggiate⁸⁸. Pertanto, viene vista come una forma di sfruttamento intermedia tra prostituzione e schiavitù.

Chi paragona la surrogazione di maternità alla prostituzione lo fa ritenendo che è come se le nuove tecniche riproduttive rendessero estraibile l’utero dalla persona, intesa come intero, allo stesso modo in cui lo si fa con la vagina (od il sesso)⁸⁹; non tutti concordano con tale paragone, soprattutto dal punto di vista del bambino, o della bambina, che nasce a seguito della stipulazione di un contratto surrogativo.

Un’altra questione relativa allo sfruttamento, che viene avanzata da coloro che sono sfavorevoli alla pratica in discussione, riguarda il pregiudizio razzista che guida la scelta di chi trova nella nuova tecnologia una risposta alla carenza di bambini adottabili (sottinteso “ariani”).

«E quindi la possibilità di impiantare un ovulo fertilizzato nell’utero di una volontaria gestante ha in sé l’orribile potenziale di trasformarsi in un commercio internazionale di esseri umani, anche grazie allo sfruttamento di donne selezionate provenienti da Paesi in via di sviluppo»⁹⁰.

Ulteriormente, viene considerata la possibilità che si instauri una instabilità affettiva per gli altri figli e figlie della madre surrogata, e che si crei un clima di svalutazione della propria individualità. Parrebbe, così, che la conclusione di questa tipologia di accordi legittimi la tendenza a violare gli interessi del minore,

⁸⁸ Anche J. Lorber ha sostenuto che le più avanzate tecniche di riproduzione artificiale vengono utilizzate principalmente per rispondere alle esigenze di coppie tradizionali delle classi media ed alta. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, cit., pp. 152-153.

⁸⁹ A. DWORKIN, *Right-Wing Women*, Perigee Books, New York, 1983, citato da C. SHALEV, *Nascere per contratto*, cit., pp. 149-154.

⁹⁰ C. SHALEV, *Nascere per contratto*, cit., p. 154.

perché potenzialmente accoglie la possibilità di giustificare giuridicamente un pregiudizio promosso, quasi sistematicamente, dalla conclusione di tali contratti⁹¹.

Le argomentazioni di chi è contrario alla pratica della maternità surrogata si estendono alla dicotomia mercato-dono, e sono ancora più forti quando riferite alla commercializzazione della surrogazione di maternità.

Gli argomenti usati per contestare la maternità surrogata a titolo oneroso parzialmente coincidono con quelli che vengono adottati per contestarla in assoluto: si parla di lesione della dignità della donna, di mercificazione e sfruttamento del biologico, del rapporto mercato-corpo, della difficoltà di fondare il diritto di autodeterminazione in tale contesto, (si ritiene, a tal proposito, operino dei condizionamenti sociali sulla volontà)⁹²; viene coniugato il concetto di conversione del biologico in merce, strettamente legato al concetto di biocapitale, che consiste in una forma nuova e specifica di capitale che viene prodotta dalla «trasformazione della vita in sé in informazione o capacità generativa»⁹³; partendo dalla descrizione della vita come di un bene che non può essere valutato in termini economici, si sostiene che questa valutazione però avvenga anche qualora si configuri il rapporto in questione come vendita di servizi, perché la previsione di un compenso economico per la nascita di un essere umano fissa un valore economico e determina la caratterizzazione della persona come merce venduta; inoltre, la previsione di un pagamento può finire per generare nuove ipotesi di razzismo e sfruttamento sociale⁹⁴.

A proposito del corpo umano come (possibile) fonte di profitto, si sostiene che la costruzione della persona come soggetto autodeterminato incontri nel nostro pensiero giuridico un forte limite che ne traccia dei confini netti, che emergono nel

⁹¹ Per la ricostruzione delle argomentazioni a favore ed a sfavore della surrogazione di maternità si è seguito il tracciato di A. B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, in "Il diritto privato oggi", cit.

⁹² G. COREA, in *The Mother Machine*, ha sostenuto che il consenso informato sia un "mito del principio di volontà", posto che vi è comunque una coartazione che deriva dal pregiudizio culturale, per cui una donna non vale nulla se non genera dei figli; come ha scritto C. SHALEV, *Nascere per contratto*, cit., pp. 152-154.

⁹³ Si è ripreso il virgolettato usato da E. CAPULLI, *Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, in "BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto", n. 1, 2021, p. 122.

⁹⁴ Per argomentazioni contrarie alla GPA a titolo oneroso, (anche se attenuata nella conclusione), S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, cit., pp. 161-185.

momento in cui l'autodeterminazione assume una dimensione sociale ed una potenzialità di scambio che l'avvicinano all'area delle transazioni economiche.

L'impossibilità di includere il corpo nelle logiche di mercato è un principio etico e giuridico non solo sedimentato, ma continuamente ribadito dai (nostri) sistemi occidentali.

Ricostruendo⁹⁵ il divieto di trarre profitto dal corpo umano e dalle sue singole parti, si deve rilevare che esso è sancito dalla *Convenzione di Oviedo sui diritti umani e sulla biomedicina* del 1997 e dall'art. 3 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* del 2000. L'art. 21 della Convenzione dispone che «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto», individua un limite assoluto alla disponibilità commerciale delle parti del corpo umano con riferimento a organi, tessuti e sangue. Questo principio è stato tradotto nei diversi ordinamenti occidentali in diritto positivo attraverso la previsione di specifici divieti legali, esemplare fra tutti il divieto di vendita di organi. Per questa ragione, la disposizione corporea è stata regolamentata con fermo ancoraggio ai principi della solidarietà e della gratuità. Questa è anche la ragione per la quale la maggior parte dei Paesi che hanno regolamentato la GPA lo hanno fatto nella forma che viene definita altruistica e che non prevede nessun tipo di remunerazione direttamente riferita all'atto di gestazione. Rimane una grande eterogeneità nel riconoscimento dei rimborsi, che vengono ricondotti alle spese effettuate o al lucro cessante.

Tra i paesi europei in cui la GPA viene praticata in forma altruistica si ricordano: Belgio, Danimarca, Irlanda, Olanda, Grecia, Cipro e Portogallo.

In alcuni di questi la pratica in questione non è né regolamentata, né vietata espressamente; in altri sono proibiti gli accordi commerciali, talvolta in assenza di una legge specifica, e in altri ancora viene sanzionata penalmente la forma commerciale, mentre è prevista una regolamentazione per quella altruistica.

⁹⁵Per la ricostruzione del divieto E. CAPULLI, *Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, cit., pp. 119-137.

In Italia, nonostante il divieto esplicito di qualunque forma di GPA, le posizioni di apertura rispetto la previsione di una regolamentazione propendono per la forma altruistica. Il Comitato Nazionale per la Bioetica, nella mozione *Maternità surrogata a titolo oneroso* del 18 marzo 2016, considera la GPA un atto lesivo della dignità della donna e la dichiara in contrasto con i principi bioetici fondamentali, così come qualsiasi altro tipo di sfruttamento e commercializzazione delle capacità riproduttive delle donne, a prescindere dal fatto che venga remunerata esplicitamente o fittiziamente, anche se si riserva di trattare l'argomento della GPA senza corrispettivo economico in un futuro parere. Il Comitato Etico della Fondazione Veronesi conferisce alla GPA una connotazione prevalentemente solidaristica, ed assume una posizione prudente, almeno nelle conclusioni, circa la possibilità di prevedere un compenso. Per il Comitato la GPA solidaristica è sempre ammessa se si è in presenza di un legame affettivo o sociale tra gestante e genitori, mentre la GPA verso corrispettivo è ammessa solo quando il corrispettivo si configura come un rimborso per le spese dirette e indirette. La proposta di legge formulata dall'Associazione Luca Coscioni rispecchia questa impostazione⁹⁶.

Il principio di gratuità è stato diffusamente accolto perché permette di separare l'atto negoziale relativo ai beni patrimoniali dall'atto di disposizione del corpo ed elude la problematica dello sfruttamento, legata ad una forzatura della volontà indotta da condizioni di povertà o bisogno. Dunque, la gratuità è la soluzione che meglio si appresta a coniugare le esigenze di autodeterminazione e protezione dei valori umani fondamentali.

Tuttavia, rispetto al modello altruistico, sorgono due questioni che possono essere lette come critiche. La prima riguarda il modo in cui si concretizza il rapporto gestazionale, che rende difficile tracciare il confine tra pagamento e

⁹⁶ All'art. 5 della proposta, si prevede a carico del genitore o della coppia tutte le spese dovute alla gestazione, e dirette e indirette; queste ultime prevedono anche la perdita di capacità reddituale prima, durante e successivamente al parto.

rimborso (o misura compensativa), che non dovrebbe comportare alcun arricchimento per la gestante.

La seconda questione attiene al ruolo che le gestanti ricoprono nella cornice del biocapitale. La materia vivente della lavoratrice e i processi biologici in vivo della gravidanza sono il principale elemento riproduttivo, al netto di ciò, rendere praticabile esclusivamente la GPA altruistica significa riproporre la separazione tra materialità e immaterialità del lavoro e la conseguente invisibilizzazione dell'esternalizzazione riproduttiva. Secondo una parte del pensiero femminista, il processo di biocapitalizzazione della gravidanza deve essere letto in continuità con lo storico occultamento del lavoro di cura, pertanto si rivendica il riconoscimento della riproduzione come fenomeno sempre produttivo.

A fronte di queste obiezioni ci si chiede se sia possibile elaborare un modello di GPA che prenda in prestito alcuni elementi del rapporto professionale. Si tratta di superare la dicotomia altruistico-commerciale (quindi dono-mercato) spostando l'attenzione sulle modalità in cui il rapporto di gestazione dovrebbe essere costruito, inserendo degli elementi mutuati dai rapporti di prestazione di cura professionali. Il modello si basa sulla *ratio* di migliorare lo *status* delle gestanti e riconoscere un alto valore al loro lavoro, che non significa trasformare la gestazione in un vero lavoro, ma riprendere alcuni elementi del rapporto professionista-cliente che si adattano alla GPA. Questo approccio vuole riconoscere la vulnerabilità di entrambe le parti, fornendo un quadro normativo di supporto, il che produrrebbe il vantaggio di ridurre le asimmetrie connaturate al rapporto di GPA⁹⁷.

Le obiezioni che sono state mosse a questo approccio si fondano sulla salda opposizione allo sfruttamento del corpo in generale, ma soprattutto di quello riproduttivo femminile, rispetto al quale si riconosce una indebita appropriazione da parte del patriarcato. Esistono diverse posizioni che si muovono sul terreno comune costituito dal ritenere che la legittimazione della GPA professionale

⁹⁷ Per le riflessioni svolte si è attinto dal lavoro di E. CAPULLI, *Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, cit., pp. 119-137.

rappresenti una manipolazione del concetto di libera scelta, in favore di una logica neoliberista di produzione e consumo.

È manifesta la posizione in cui si trova la GPA, ossia a ridosso del confine tra produzione e riproduzione, tra corpo e mercato, che però diventa sempre più difficile da rintracciare.

Si ritiene che vada comunque riconosciuto il valore sociale della GPA altruistica, che permette la realizzazione di un progetto genitoriale altrui, senza avere alla base il desiderio di ricevere un profitto e valorizza i rapporti sociali di solidarietà. Tuttavia, si riconosce la parzialità di questa impostazione. Si ritiene che la possibilità di regolamentare la GPA nella forma professionale vada considerata; la soluzione dovrebbe essere quella di elaborare delle regole che rendano compatibili le diverse opzioni morali e che depotenzino la conflittualità dei valori in campo, il tutto affrontato nell'ottica di un generale ripensamento delle modalità in cui le norme strutturano la messa a valore della materialità dei corpi. Il complessivo impianto giuridico deve essere rivisto, per non sfociare in ulteriori contraddizioni e ambiguità, e per assicurare le giuste tutele⁹⁸.

Diversamente da questo approccio di compromesso, grazie all'attenzione posta in particolar modo sulle modalità di costruzione e realizzazione del rapporto di gestazione, e che aderisce all'idea per cui sia possibile una terza via rispetto la dicotomia dono-mercato, che si concretizza nella configurazione di una forma professionale della GPA, Shalev, invece, è una forte sostenitrice della contrattualizzazione della surrogazione di maternità e della sua onerosità⁹⁹.

⁹⁸ E. CAPULLI, *Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, cit., p. 134.

⁹⁹ Altre voci in linea con quella di Shalev sono quelle di Helena Ragoné, autrice di *Surrogate motherhood: Conception in the heart*, (1994), la cui ricerca ha ad oggetto la figura della madre surrogata, e come essa si rappresenta nel rapporto di *surrogacy* con i genitori intenzionali. Ragoné descrive la madre surrogata come una donna che usa il proprio lavoro come ponte, o legame, tra la sfera domestica e quella pubblica, trasformando il lavoro riproduttivo in occupazione retribuita all'interno dello spazio pubblico, modificando l'equilibrio del potere nella sua vita professionale e fornendole l'occasione di entrare in un ruolo più pubblico e di avanzare richieste per impiegare il proprio tempo.

A sua volta Amrita Pande, autrice di *Wombs in labor: Transnational commercial surrogacy in India*, (2014), dimostra in questo libro che la *surrogacy* può essere ritenuta un nuovo tipo di lavoro nato con la globalizzazione, e in quanto lavoro, da ricompensare. Pande sostiene che in questo modo le madri surrogate (in particolare lei si riferisce a quelle indiane, come si può già evincere dal titolo) possano riprendere controllo sul loro "corpo riproduttivo". Esse si costruiscono come madri morali, affermando la loro dignità

Shalev ritiene che l'idea di un libero mercato nella procreazione debba, comunque, tenere conto del rischio di mercificazione. Inoltre, questa idea pone il problema di riconciliare la filosofia dell'individualità con i valori del legame necessario e costruttivo fra esseri umani. Detto altrimenti: non bisogna sacrificare sull'altare dell'individualismo i valori altruistici.

Occorre, peraltro, tenere conto del fatto che l'analisi economica dell'attività di procreazione favorisce l'uso di un linguaggio che semplifica i complessi rapporti sociali e li riduce in inadeguati termini di commercio, tuttavia tale analisi economica porta alla luce il valore economico dell'attività procreativa delle donne.

Il rapporto economico in questione non si sostanzia nella vendita di un bambino, o una bambina, bensì nella vendita di servizi di procreazione.

Il valore dei servizi che vengono venduti è determinato da diversi fattori relativi all'offerta e alla domanda. Innanzitutto, si ritiene ragionevole che la remunerazione per l'opera di procreazione sia relativamente bassa, esattamente come tutte le prestazioni che richiedono l'applicazione di attività corporali facilmente ottenibili e a basso livello di specializzazione. Dopodiché, si asserisce che il valore di questi servizi dovrebbe riflettere i costi direttamente connessi alla gravidanza ed al parto, le opportunità perdute, i costi emotivi, la disponibilità di neonati e neonate adottabili, i costi concorrenti delle forme alternative di procreazione, e, in aggiunta, i costi causati dalle ricerche e dall'individuazione delle parti dell'accordo.

La creazione di un mercato libero consentirebbe l'affermazione di una nuova fonte di attività produttiva per le donne che hanno limitate opportunità di reddito, e la realizzazione di due nuovi effetti distributivi: una circolazione della ricchezza che parte da consumatori privi di figli e si dirige verso (ri)produttori, che nella maggior parte dei casi sono poco abbienti, e una riallocazione a favore delle madri surrogate dei profitti oggi lucrati da intermediari.

e di essere meritevoli di valore, sentendosi legate alle madri destinatarie, grazie ad una sostanza condivisa e dal lavoro.

Tuttavia, queste prospettive positive sono insufficienti rispetto alla diffusa idea per cui il mercato per i servizi di procreazione sia inquietante e grottesco.

Quello dei servizi procreativi è evidentemente un mercato che pone diverse sfide data la delicatezza del suo oggetto, e i rischi cui va incontro sono naturalmente numerosi, come per esempio quello di rendere ancora più evidenti i pregiudizi razziali, o la creazione di una nuova professione “indegna” agli occhi dei più. Tuttavia, il mercato dei servizi riproduttivi non ha in sé la pretesa di correggere le disuguaglianze sociali, ma si potrebbe pensare a delle garanzie, come ad esempio l’omologazione giudiziaria degli accordi di procreazione e l’apposizione di regole imperative sulla retribuzione.

Infine, a chi obietta che pur configurando il rapporto come vendita di servizi, anziché quale vendita di bambini e bambine, non muta il risultato negativo, ossia l’assegnazione di un valore commerciale ad un bene non valutabile come la vita, Shalev risponde che, in primo luogo, a molte attività umane si attribuisce un valore economico a beni non valutabile; inoltre, l’idea di retribuire l’attività di procreazione sfida la tradizionale divisione fra pubblico e privato, fra mercato e famiglia, che costituisce il fondamento dell’ordine patriarcale anche nella nostra economia post-industriale.

«Se la donna è un essere consapevole, morale, sociale e politico, essa è anche un essere economico. Noi non possiamo isolare una parte della nostra esistenza né ignorare il valore del nostro potere di procreazione. L’attribuzione di un valore economico a quel potere non è in sé determinante per guidare la condotta della donna nei rapporti di procreazione, ma ignorarne il riconoscimento è pura miopia per tutti coloro che operano per il riconoscimento della parità di condizioni sociali delle donne»¹⁰⁰.

Tamar Pitch¹⁰¹ analizza la posizione di Shalev, e la contrappone a quella di Carole Pateman.

¹⁰⁰ C. SHALEV, *Nascere per contratto*, cit., p. 154-161.

¹⁰¹ T. PITCH, *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, Il saggiatore, Milano, 1998.

Esse, infatti, pubblicano quasi contemporaneamente due testi: *Nascere per contratto*, dedicato al tema della maternità surrogata, (Shalev), e *Il contratto sessuale*, volto ad analizzare le basi teoriche e gli sviluppi politici e giuridici del contrattualismo classico e del neocontrattualismo contemporaneo, (Pateman).

Pitch delinea dapprima la tesi di Shalev, in seguito discute la disciplina giuridica della procreazione assistita, e più in generale dei rapporti familiari e genitoriali, che propone.

Presupposto fondamentale della argomentazione di Shalev è la valenza liberatoria del contratto, perché individua nel diritto uno strumento che adeguatamente utilizzato può essere piegato a tutelare gli interessi delle donne. Ritiene che le differenze biologiche possano essere rese insignificanti e che il renderle insignificanti liberi le donne dai vincoli tradizionali.

A questa tesi Pitch contrappone quella di Pateman, che riprendo in quanto necessaria per dipingere nel modo più accurato possibile il dibattito che si è sviluppato attorno alla tesi della contrattualizzazione onerosa della maternità surrogata.

Dapprima, Pitch, descrive che cosa sia per Pateman il contratto:

«La forma attraverso la quale non solo si legittima la subordinazione dei contraenti, supposti liberi ed eguali, a un'autorità, ma attraverso cui si costituisce la moderna subordinazione delle donne a un diritto non più paterno, ossia fondato (meglio, legittimato) sull'autorità del padre (e dunque sullo status di padre), ma pur sempre maschile, in quanto "fraterno"»¹⁰².

Secondo Pateman, le donne non partecipano al contratto, ne sono oggetto. Ma non solo non vi partecipano, esse non vi possono partecipare, perché prive dei requisiti richiesti ai contraenti, innanzitutto dell'autonomia. Non sono autonome, le donne, perché non sono proprietarie del proprio corpo, della propria persona. Pateman rileva che le critiche socialiste e femministe si limitano a segnalare la disegualianza del contratto, dunque la sua coercizione, quando in realtà è la natura

¹⁰² T. PITCH, *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, cit. p. 33.

stessa del contratto a scambiare obbedienza per protezione, e che, dunque, non solo implica coercizione e disuguaglianza, ma anche soggezione e subordinazione. Peraltro, l'individuo del contratto è incarnato in un corpo maschile. L'esclusione antica delle donne, procede da e costituisce un soggetto contrattuale che, mentre si pone come neutro e universale, in realtà è anzitutto maschile (oltre che bianco e adulto). E se la via per diventare individui a pieno titolo è quella di diventare come i soggetti del contratto, allora questa via è preclusa alle donne, in quanto tali. Il soggetto del contratto è solo uno, ed è maschio¹⁰³.

Dopo aver così spiegato la tesi di Pateman, Pitch la mette in relazione alle questioni poste dallo sviluppo delle tecnologie riproduttive, e scrive:

«Nei termini di Pateman lo schema di Shalev si leggerebbe più o meno così: finora alle donne è stato impedito di porsi nei confronti del proprio corpo così come invece è stato concesso agli uomini. Ossia, alle donne non è stato permesso contrattare liberamente circa le proprie capacità riproduttive. Questo è il problema, e la soluzione sta nel restituire alle donne questa autonomia contrattuale, nel dar loro la piena disponibilità di poteri che le nuove tecnologie costituiscono finalmente come utilizzabili, spendibili. Per questa via, le donne possono diventare come gli uomini, e dunque accedere come loro allo statuto di individui a pieno titolo, vedersi riconoscere un'autonomia intesa come la capacità di un'entità razionale "in relazione esterna con la proprietà della sua stessa persona (corpo), di giudicare come contrattare questa proprietà" (Pateman, 1988)»¹⁰⁴.

Pateman contesta precisamente questa lettura. Non è estendendo il contratto *all the way down* che si estendono libertà e autonomia, perché il contratto costituisce subordinazione e disuguaglianza. I contratti cosiddetti di "surrogazione", non sono che una forma moderna del contratto sessuale, poiché stabiliscono nuove modalità di accesso e uso del corpo femminile da parte degli uomini. «La surrogazione è esempio di una donna che dona un servizio a un'altra donna o è l'esempio di una donna inseminata con lo sperma di un uomo e che porta il bambino di lui in cambio di denaro? »¹⁰⁵. Ciò che così rimane fuori dal dibattito sulla surrogazione è *ipso facto* il carattere della partecipazione maschile al

¹⁰³ T. PITCH, *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, cit., pp. 33-36.

¹⁰⁴ T. PITCH, *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, cit., p. 36.

¹⁰⁵ T. PITCH, *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, cit., p. 36.

contratto di surrogazione. Si dibatte come se la maternità surrogata fosse un problema che riguarda le donne e si ritiene che non ci sia alcunché di problematico nella domanda maschile di questo servizio.

Chi argomenta in favore di questi contratti, in base alla ricostruzione che opera Pitch¹⁰⁶ del pensiero di Pateman:

«Ha cura di chiarire che non si tratta della compravendita di un bambino ma della vendita di un servizio [...]. Si fa passare il contratto di surrogazione come un contratto di cui le donne sono soggetti, senza tener conto della lunga storia di esclusione delle donne dai contratti e senza, soprattutto, analizzare il carattere della partecipazione maschile a questi contratti. Ma la verità è che gli uomini hanno la possibilità di contrarre l'uso di una surrogata anche senza la mediazione di un'altra donna.

[...], la madre surrogata non vende soltanto l'uso del suo utero, ma “la capacità unica, fisiologica, emozionale e creativa del suo corpo, cioè di sé stessa come donna”»¹⁰⁷.

Questo è il punto cruciale che differenzia la posizione di Pateman da quella di Shalev. Queste due autrici hanno un diverso modo di concepire la soggettività. Dove per Shalev la soggettività è slegata dal dato corporeo, amorfa, manifestandosi precisamente nella capacità astratta di scelta razionale, per Pateman essa ha a che fare, al contrario, con tutto ciò che fa di ognuno ciò che lo rende sé, e in primo luogo con il proprio corpo e dunque il proprio sesso. Ne vengono mutati profondamente il senso di “libertà” e “autonomia”, contestata alla base la natura del “soggetto” moderno.

«“Estendere alle donne la concezione mascolina dell'individuo come proprietario, e la concezione della libertà come la capacità di fare ciò che vuoi con ciò che ti appartiene, è far piazza pulita di qualsiasi relazione intrinseca tra la proprietaria, il suo corpo e le sue capacità riproduttive. Ella si pone nei confronti della sua proprietà esattamente nella stessa relazione esterna del proprietario rispetto la sua forza lavoro o al suo sperma; non vi è niente che distingue l'essere donna” (Pateman, 1988). La separazione tra maternità e corpi e menti femminili conduce, dice Pateman, a un ampliarsi, a un estendersi del diritto patriarcale. “Grazie al potere del contratto, la paternità genetica può adesso essere assicurata [...] Attraverso il contratto, gli uomini possono infine essere certi della loro paternità”»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ T. PITCH *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, cit., p. 37.

¹⁰⁷ T. PITCH *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, cit., p. 37.

¹⁰⁸ T. PITCH, *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, cit., p. 38.

Quindi, Pateman imputa al diritto moderno un vizio d'origine, che lo rende tale da essere strutturalmente inadeguato a dar conto della soggettività femminile. Inoltre, ritiene che rendere insignificanti le differenze sia un progetto connotato al maschile, come maschile è, appunto, il soggetto che si pone come neutro e astratto rispetto al proprio corpo e al proprio sesso.

Nonostante le differenze non ne derivano due approcci diversi di politica del diritto. L'impostazione di Pateman non porta a un progetto politico dettagliato, e nemmeno preclude all'uso del diritto per la costruzione dell'autonomia femminile, tanto meno ne detta i termini. Inoltre, l'impostazione di Shalev è orientata ad adottare una normazione "leggera".

Però, quanto è realmente "leggero" il contratto; cosa implica se esteso alla sfera dei rapporti di riproduzione?

Secondo Pitch il contratto *all the way down* avrebbe davvero la funzione di liberare dai vincoli di *status* solamente se esso venisse riconosciuto valido anche se stipulato esclusivamente tra due donne, senza tenere conto della paternità naturale. Infatti, contratti di "surrogazione" tra donne, piuttosto che tra una coppia e un'altra coppia, o una singola donna, potrebbero far parte di un pacchetto politico di richieste femminili riguardanti la procreazione assistita. Senza dubbio questi innoverebbero in radice la disciplina giuridica della famiglia. Ancora, è problematico legare la validità del contratto alle intenzioni espresse al momento della stipula dello stesso; vincolare a decisioni prese da un io passato, quando l'io presente si è profondamente modificato è sempre spinoso. Costringere al rispetto delle decisioni iniziali può configurare una normativa "pesante", al pari di una disciplina che prescinde dalla volontà delle parti. Shalev, scrive che la possibilità di separare la maternità genetica dalla maternità sociale impone di rispondere alle questioni poste dalla surrogazione sul riconoscimento di un'autonomia morale della donna sulle potenzialità riproduttive nel contesto dei rapporti sociali di procreazione, e che i conflitti relativi alla maternità sociale possono essere risolti grazie agli intenti manifestati dai soggetti coinvolti nel procedimento riproduttivo,

prima del concepimento. Ma secondo Pitch è qui che si pone il nocciolo problematico della tesi di Shalev: il modo da lei prospettato per regolare giuridicamente questa materia può essere il più “leggero”, tuttavia non ha nulla a che fare con il riconoscimento e la promozione dell’“autonomia morale” femminile. Pitch ritiene che la nozione di autonomia prospettata dal contratto sia riduttiva, capace di individuare soggettività astratte, che seguono le linee dell’*homo oeconomicus* “mascolino” nelle origini e nelle conseguenze, ma contemporaneamente povero e portatore di ripercussioni perverse anche rispetto agli uomini concreti. Su questo, invece, Pitch plaude al ragionamento di Pateman, pur non dando risposta al problema di politica del diritto posto da Shalev: meglio, su questa materia, una legislazione “pesante”, che prescinde dalla volontà delle parti, o lasciare autonomia decisionale a queste ultime, ma attraverso i vincoli giuridici contrattuali, su cui i tribunali possono vigilare, e i cui termini possono comunque essere dettati da una legislazione, per tutelare le parti coinvolte, neonato/a compreso/a? Quali sono i criteri per operare questa scelta? Ne esiste un’altra?

Questi sono gli interrogativi che rimangono aperti e ai quali una risposta, probabilmente, non può essere data una volta per tutte.

Capitolo Secondo

LA MATERNITÀ SURROGATA IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA E INTERNAZIONALE.

SOMMARIO: 1. Una panoramica dei diversi modelli di disciplina della maternità surrogata - 1.1. (*Segue*) Il caso portoghese - 2. Il riconoscimento *dello status filiationis* del neonato nato da maternità surrogata praticata all'estero e gli eventuali riflessi penalistici della condotta dei genitori committenti. - 3. Riconoscimento dello *status filii* a seguito del ricorso alla maternità surrogata all'estero: l'orientamento della Corte EDU

1. Una panoramica dei diversi modelli di disciplina della maternità surrogata.

La gestazione per altri è una pratica complessa, che non ha ancora trovato una collocazione precisa nei sistemi europei e internazionali.

Il motivo per cui questa pratica è così controversa risiede (anche) nel fatto che essa caratterizza la procreazione non come parte integrante della vita familiare, bensì come un servizio di cui si può usufruire, anche dietro pagamento, in base alle generali regole di mercato. Dunque, a fronte della proliferazione e dello sviluppo, su scala globale, sia della surrogazione di maternità nello specifico che, in generale, delle nuove tecniche di riproduzione assistita, c'è stato, e continua ad esserci, un importante impatto sulla rappresentazione del corpo, della procreazione e dei legami di parentela, offuscando e confondendo i confini tra ciò che è considerato naturale e ciò che è culturale nelle relazioni genitoriali e parentali, e ponendo l'opinione pubblica davanti al confronto tra due istituzioni sociali fondamentali: la famiglia e il mercato.

La comparazione fra i valori che si affermano nei rispettivi ambiti, nonché l'elezione dell'uno come preminente rispetto all'altro, è parsa a molti difficile da

comprendere, poiché nella nostra cultura si è abituati a considerarli come due campi del tutto distinti, non paragonabili¹⁰⁹.

A livello globale, la situazione presenta numerose disomogeneità sia rispetto all'ammissione o meno della pratica, sia rispetto le modalità di regolamentazione.

Rimanendo nel contesto europeo¹¹⁰ è possibile distinguere le legislazioni in base a due criteri: le tecniche di regolazione utilizzate e il grado di "permissività" adottato. Usando il primo criterio emergono tre modelli: il modello tedesco, che disciplina l'uso illecito delle nuove tecnologie attraverso il diritto penale, per cui ciò che è permesso è ciò che non è proibito; il modello vigente nel resto dell'Europa continentale, in cui si stabilisce espressamente ciò che è permesso; e il modello inglese, che prevede un sistema di autorizzazioni per cui si delegano le decisioni alle istituzioni mediche che si attengono a determinate condizioni e direttive.

Sulla base del secondo criterio, invece, emergono due modelli, o eventualmente tre: il modello dominante, rigido e restrittivo, che si rinviene in Francia, Austria¹¹¹, Svezia, Germania¹¹², Svizzera e Norvegia, e un modello più flessibile e permissivo, adottato da Spagna e Inghilterra (il quale può essere scomposto, poiché ha una configurazione diversa rispettivamente in Spagna e in Inghilterra).

Le regolamentazioni proibizioniste cercano, tutte quante, di limitare l'ambito di applicazione delle tecnologie; esse vengono concepite esclusivamente

¹⁰⁹ A. B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, cit., pp. 595-601.

¹¹⁰ Si riprende la riflessione svolta da T. PITCH, *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, cit., pp. 51-56.

¹¹¹ In Austria il divieto della surrogazione di maternità viene dedotto dai criteri previsti per il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, sanciti in una legge specifica ((Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG). Per un maggior approfondimento D. ROSANI, "The Best Interests of the Parents". *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in "BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto", n. 1, 2017, pp. 113-115.

¹¹² In Germania, il relativo divieto è previsto al § 1 c. 1 n. 7 della legge sulla protezione degli embrioni (Embryonenschutzgesetz). Anche in questo caso, per un maggior approfondimento si rinvia a D. ROSANI, "The Best Interests of the Parents". *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, cit., pp. 113-115.

come rimedio alla sterilità. La sterilità è costruita, dunque, come una malattia che legittima la sua cura da parte della medicina. Tuttavia è una malattia propria, esclusivamente, delle coppie eterosessuali sposate, o comunque dotate di stabilità, la cui età dev'essere ricompresa in quella convenzionalmente ritenuta fertile. Pertanto, è la coppia ad essere la destinataria di tali tecniche, non le donne singole.

Attraverso siffatta configurazione normativa, l'intento sembrerebbe essere quello di imporre un certo ordine a quello che viene visto come caos relazione. Tale ordine è un ordine tradizionale, basato sul primato della paternità, che rovescia il paradigma per cui si assicura un padre a un bambino, e si assicura, invece, un bambino a un padre sterile. La stessa legislazione delegittima la maternità singola¹¹³. Basti guardare ad Austria, Norvegia e Svezia, che proibiscono la fecondazione con gameti da donatore; o la Germania che criminalizza esplicitamente la donazione di ovuli. Tutte normative che impediscono la separazione tra maternità genetica e maternità gestazionale, e di conseguenza la possibilità di liberi accordi tra due donne. Mentre non si impedisce la possibilità di accordi tra un uomo e una donna: un uomo può mettere incinta una donna che poi rinuncia al figlio in suo favore.

In Francia si permette la donazione di ovuli e si ammette la donazione di embrioni, ma quest'ultima in circostanze eccezionali. Queste previsioni si traducono in trattamenti differenti a seconda del sesso di appartenenza, ma anche, nell'ambito femminile, in disuguaglianze basate sulla causa impeditiva la gravidanza naturale, per cui una donna che non può ovulare può ricevere un ovulo fecondato ed essere riconosciuta come madre giuridica del bambino, o della bambina, che partorirà; mentre una donna che non può condurre una gravidanza, non può essere riconosciuta come madre giuridica del proprio figlio, o figlia, biologico/a partorito/a da un'altra donna¹¹⁴.

Venendo ai modelli più flessibili e permissivi, si considera, innanzitutto, quello inglese.

¹¹³ T. PITCH, *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, cit., pp. 51-56.

¹¹⁴ Se questa donna è sposata al padre genetico del bambino le cose cambiano.

Nel modello inglese non si vieta l'accesso alle singole tecniche, però la loro ammissione viene decisa dai medici in base alla valutazione riguardante il bene del bambino, e si ammette la maternità surrogata gratuita. È un modello che si basa su un sistema di autorizzazioni che ruota attorno alla responsabilità medica. In particolare, dapprima si verifica la sussistenza delle condizioni necessarie, e in seguito la *Croydon Family Proceedings Court* emette un provvedimento, il c.d. *parental order*, una sorta di procedura accelerata di adozione, con il quale la maternità legale del bambino, o della bambina, viene riconosciuta alla madre committente, la quale, di conseguenza, assume la responsabilità genitoriale.

Il modello di famiglia veicolato dalla regolamentazione inglese è quello tradizionale. I medici, infatti, possono ammettere all'utilizzo delle tecniche di procreazione solamente coloro che valutano come "buoni genitori". In questo caso però non emerge il primato della paternità come principio ordinatore.

Invece, il modello spagnolo si basa sulla tutela del diritto della donna a creare una propria famiglia, nei termini stabiliti dagli accordi internazionali sull'eguaglianza delle donne, si propone di rimuovere ogni ostacolo al desiderio di procreazione e di creazione di una famiglia in modo libero e responsabile.

La legge spagnola, che pur è l'unica che indica esplicitamente le donne come principali destinatarie delle nuove tecnologie, e che riconosce il primato delle donne nella procreazione, non è esente da incoerenze e contraddizioni. Tant'è che la maternità per sostituzione a titolo gratuito è permessa, ma lo *status* del bambino dipende da chi lo partorisce.

La legge spagnola crea una disparità non solo tra donne sterili per motivi differenti, ma anche tra uomini e donne. Essa prevede la possibilità di una dichiarazione di paternità da parte del padre biologico ai fini del riconoscimento, e quindi dell'acquisizione, di un figlio, attraverso il ricorso ad una maternità per sostituzione, negando contemporaneamente la stessa possibilità alla madre genetica. Nonostante questo, è una disciplina che si caratterizza per non imporre un modello di famiglia in particolare, che cerca di tenere insieme più valori e stili

di vita, e che riconosce la disparità esistente tra i due sessi in materia di filiazione, poiché il primato è in capo al sesso femminile.

Volendo, brevemente, porre l'attenzione, sui Paesi che vietano espressamente la GPA vengono in considerazione Svezia e Italia.

In Svezia il dibattito si era focalizzato sulla necessità di vietare totalmente la GPA attraverso la criminalizzazione dei cittadini svedesi che vi avessero ricorso non solo sul suolo svedese, ma anche al di là dei confini nazionali.

L'idea alla base di questa scelta legislativa, di radice femminista, considera la GPA, così come la prostituzione, una pratica lesiva della dignità delle donne. Le donne verrebbero identificate nel proprio utero, sprovviste di sentimenti e diritti; mentre l'uomo che compra sesso o affitta un utero per avere un figlio sarebbe intrinsecamente violento, poiché sfrutterebbe la propria posizione dominante per ottenere delle prestazioni "abiette, immorali e contrarie al comune senso del pudore"¹¹⁵.

Dunque, il fondamento del modello svedese sarebbe costituito da un giudizio morale che prende le mosse dalla considerazione che la mercificazione del corpo offende la dignità della donna che lo vende o lo affitta, oltre che l'idea per cui sia solo criminalizzando i clienti che si realizza la tutela non solo di coloro che vendono o offrono il proprio corpo, ma dell'intero universo femminile, svilito da tali pratiche che non fanno altro che offenderne la dignità.

Si noti che il modello svedese è quello cui i paesi europei e il Parlamento europeo fanno riferimento (sia per quanto attiene alla GPA che alla prostituzione).

In Italia la surrogazione di maternità è vietata dalla legge del 4 novembre 2024 n. 169 che, attualmente, sancisce che: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e la multa da 600.000 a un milione di euro.

¹¹⁵R. DAMENO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, cit., p 21.

Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla maternità surrogata, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito con la legge italiana».

In generale, le ragioni che sostengono un approccio proibizionista sono molteplici: la reificazione della donna, la quale non viene concepita come soggettività, bensì ridotta al proprio utero, considerata unicamente in funzione della propria capacità riproduttiva; l'impossibilità di sapere con assoluta certezza che la donna, gestante per conto d'altri, sia totalmente libera nella propria scelta, svincolata da qualunque necessità di ordine economico; il pregiudizio per cui non ci si può realizzare come persone senza essere divenuti genitori o genitrici; le incognite che riguardano il futuro del bambino, o della bambina, che nascerà attraverso il ricorso a tale pratica (può godere appieno delle tutele che merita? Cosa accade in caso di malformazioni? Chi ne è responsabile economicamente? Chi è titolare della responsabilità genitoriale?); infine, la difficoltà di mettere a punto una normativa che tenga conto di tutti gli aspetti relazionali in gioco.

La legislazione dei paesi che permettono il ricorso a tale pratica non è completa, bensì limitata. Per lo più sono previste delle norme leggere volte a tutelare i bambini e le bambine nate a seguito della GPA e a garantire la possibilità che venga effettuata un'adozione da parte dei genitori sociali, d'intenzione.

Nonostante ciò, non si può dire che la scelta proibizionista, in particolare per come concepita ed attuata in Italia e Svezia sia la scelta migliore possibile in tale ambito. Infatti, nel caso della scelta di politica del diritto del legislatore italiano, si ravvisa la tendenza all'egemonia culturale, attraverso la diffusione (e imposizione) di un modello di genere binario eterosessuale e bigenitoriale.

1.1 (*Segue*) Il caso portoghese.

Può essere utile, oltre che interessante, ripercorrere la strada seguita dal Portogallo per giungere alla sua attuale conformazione normativa per quanto attiene alla GPA, poiché la parabola portoghese è diametralmente opposta a quella Italiana; infatti, mentre in Italia a distanza di vent'anni si è ulteriormente inasprita

la legge che già nel 2004 incriminava, con delle sanzioni penali particolarmente pesanti, la maternità surrogata, in Portogallo si è passati da una situazione in cui si sanzionava penalmente la surrogazione di maternità, ad una sua permissione e conseguente regolamentazione, anche se non particolarmente elastica.

La strada percorsa dal Portogallo è stata tortuosa e frastagliata. Nel 2006 la surrogazione di maternità era vietata e sanzionata penalmente; nel 2016, a seguito della promulgazione di una legge innovativa, la pratica veniva ammessa, ma a condizioni molto ristrette, in particolare l'autorizzazione era limitata a poche ed eccezionali situazioni, nonché subordinata alla sussistenza di diversi requisiti stabiliti dall'art. 8 della legge n. 25/2016. Nella specie, la donna che desiderava avvalersi della surrogazione di maternità doveva essere nata senza utero, o soffrire di una grave lesione o di una malattia all'utero, che le impediva di iniziare e/o portare a termine una gravidanza, o soffrire di un'altra condizione, medicalmente accertata, tale da precluderle la possibilità di avere naturalmente un figlio, o una figlia¹¹⁶. I gameti utilizzati dovevano, necessariamente, provenire da almeno uno dei genitori intenzionali, mentre la donna gestante non poteva essere anche la donatrice dell'ovocita. La procedura doveva essere approvata dal Consiglio Nazionale per la Riproduzione Medicalmente Assistita (CNPMA), dopo aver sentito il parere dell'Associazione Medica. I contratti di surrogazione non potevano prevedere alcun tipo di pagamento o donazione nei confronti della madre surrogata, fatta eccezione per il rimborso delle spese da lei sostenute e certificate.

Il contratto di surrogazione non poteva essere predisposto quando v'era una situazione di dipendenza economica tra le parti. Le parti dovevano prestare il proprio consenso, libero e informato, per iscritto (le informazioni richieste erano contenute in un documento preparato dal CNPMA) in presenza di un medico. Era richiesto un contratto scritto, firmato da tutte le parti coinvolte, supervisionato dal CNPMA. Tale contratto doveva prevedere, in base alla legge vigente, cosa sarebbe accaduto nel caso in cui al feto fosse stata diagnosticata una malformazione o una

¹¹⁶ La legge non chiariva cosa fosse considerato "giustificabile" rispetto alle generiche condizioni cliniche che avrebbero potuto permettere il ricorso alla surrogazione di maternità.

malattia, o in caso di aborto volontario. I contratti di surrogazione non potevano imporre restrizioni riguardanti la condotta della surrogata o minare ai suoi diritti, alle sue libertà o alla sua dignità. Sotto questa disposizione normativa, una bambina, o un bambino nata/o attraverso la pratica della surrogazione veniva considerata/o figlia/o, dei genitori intenzionali. Ad ogni modo, qualsiasi inosservanza di queste disposizioni rendeva il contratto nullo.

Attraverso queste previsioni, in Portogallo, si è cercato di raggiungere un punto di equilibrio; ed è proprio l'esistenza di una disciplina giuridica che ha permesso al Tribunale costituzionale di intervenire sulle concrete caratteristiche del modello regolatorio, per assicurarne la massima coerenza rispetto al quadro costituzionale.

È con la decisione n. 225 del 25 aprile 2018 che il Tribunale costituzionale si è pronunciato nel senso della parziale illegittimità costituzionale della disciplina, rinviando al legislatore per le integrazioni necessarie.

Innanzitutto, il Tribunale costituzionale ha censurato l'assenza di principi volti a predeterminare il contenuto degli accordi di GPA, e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8.

Oggetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale era soprattutto la disposizione riguardante la revocabilità del consenso, da parte della donna, solo fino all'avvio del percorso di procreazione medicalmente assistita.

Dopo la sentenza n. 225/18, l'Assemblea della Repubblica si è nuovamente misurata con la disciplina della GPA, con l'obiettivo di adeguare il modello regolatorio ai rilievi del Tribunale costituzionale.

Il 19 luglio 2019 era stato approvato un progetto di legge contro il quale, però, il Presidente della Repubblica propose ricorso preventivo di illegittimità costituzionale. L'oggetto del ricorso era, ancora una volta, la disciplina della revocabilità del consenso all'interno della cornice di principi alla quale i contratti di GPA avrebbero dovuto conformarsi, senza modificare l'art. 8, c. 8, della legge n. 32/2006 che continuava a rinviare, per quanto atteneva alla revoca del consenso, alla previsione dettata in via ordinaria per l'applicazione delle tecniche di PMA.

Per questo motivo, con la decisione n. 465 del 18 settembre 2019, il Tribunale costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale della previsione in esame, rinviando il testo all'Assemblea della Repubblica¹¹⁷.

Nel novembre del 2021, l'Assemblea della Repubblica ha potuto approvare definitivamente le ulteriori modifiche richieste dal Tribunale costituzionale, che sono entrate in vigore con la legge n. 90/2021.

All'esito dell'intervento l'art. 8 della legge n. 32/2006 è stato ampiamente modificato, e ne è scaturito quanto segue: si è ribadita la natura eccezionale degli accordi di GPA, e la circostanza che questi devono far fronte a delle situazioni di impossibilità per la donna di portare a termine una gravidanza, così come si è ribadito che l'embrione si deve formare grazie alla partecipazione del gamete di almeno uno dei membri della coppia di genitori intenzionali, mentre la donna gestante non può essere anche la donatrice dell'ovocita.

Si richiede che la donna gestante abbia già figli propri, e si ribadisce la necessità che non esistano relazioni di subordinazione economica tra la gestante e i beneficiari dell'accordo.

Per quanto attiene all'annosa questione del consenso, si prevede la sua revocabilità, da parte della gestante, fino alla registrazione del/la neonato/a dopo la nascita.

Si potenzia, inoltre, il ruolo del CNPMA, sia in sede di autorizzazione preventiva, che in sede di controllo.

Infine, vengono dettagliati i principi e i criteri cui l'accordo di GPA deve conformarsi; si prevedono dettagliatamente i diritti e i doveri delle parti, soprattutto della gestante, in particolar modo per quanto riguarda le informazioni,

¹¹⁷ S. Osella scrive che tra i molteplici approcci che possono essere identificati in tema di GPA, una notevole attenzione è stata dedicata al lavoro svolto dalla corte costituzionale portoghese, in virtù del suo potenziale quanto a complessità d'analisi. In particolare nelle sentenze n. 225/2018 e n. 465/2019 nel discutere le tensioni con il principio di dignità, il Tribunale costituzionale sembra essersi sinceramente sforzato di accertare le circostanze concrete o, se si preferisce, al *quomodo* della surrogazione. S. OSELLA *Surrogazione, multidisciplinarietà, e diritto comparato. Una proposta di ricerca (molto informale)*, in "Il Mulino, Rivisteweb", DPCE, n. 4, 2023, p. 1107.

le decisioni da assumere durante la gravidanza e l'assistenza, anche psicologica, che deve sussistere per tutta la durata del percorso¹¹⁸.

2. Il riconoscimento dello *status filiationis* del neonato nato da maternità surrogata praticata all'estero e gli eventuali riflessi penalistici della condotta dei genitori committenti.

Esistono e coesistono, dunque, regolamentazioni della GPA eterogenee, che rendono contemporaneamente arduo e necessario un coordinamento tra loro, data la naturale apertura che gli ordinamenti hanno gli uni verso gli altri. Questa necessità è emersa fortemente per via del fenomeno del turismo procreativo, che ha reso inevitabile un dialogo tra le legislazioni dei diversi Stati, o quanto meno, di tener conto di questa diversità di disciplina del medesimo fenomeno.

Finché questo coordinamento continuerà a mancare, e saranno presenti queste, tra loro, diversissime normative, emergeranno due problemi, principalmente. Il primo problema riguarda il riconoscimento dello *status filiationis* del neonato venuto al mondo attraverso il ricorso a tecniche di PMA vietate in Italia, che permettono di diventare genitori di un neonato col quale si può non avere alcun legame biologico e/o genetico; il secondo problema è quello di stabilire quali siano gli eventuali riflessi penalistici della condotta dei coniugi, che, dopo aver preso in consegna il neonato, si sono rivolti all'autorità consolare per ottenere la trascrizione del certificato di nascita nei registri di stato civile italiani.

In Italia il quadro normativo vigente prevede all'interno della legge n. 169/2024, che modifica l'art. 12, c. 6, della legge n. 40/2004 che, a sua volta, disciplina le tecniche e le pratiche di procreazione medicalmente assistita, la sanzione penale della surrogazione di maternità, anche quando commessa all'estero da cittadino italiano; sanzione penale alla quale non si accompagna però

¹¹⁸ A. SCHILLACI, *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in "BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto", n. 1, 2022, pp. 62-66; V. L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)* in "BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto", n. 1, 2020, pp. 339-353.

una disciplina regolativa dello *status filiationis* del figlio, o della figlia, comunque venuto/a al mondo, seppur in violazione delle disposizioni attualmente vigenti in Italia.

Infatti, nonostante l'elevato disvalore associato alla GPA, la sanzione penale e le varie limitazioni che vengono apposte all'automatico riconoscimento dello *status filiationis*, la pratica non risulta eradicata; le stesse Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto che il c.d. turismo procreativo è una realtà, e la giurisprudenza sovranazionale ha più volte ribadito la necessità di tutelare la posizione del minore, nello specifico di non privarlo del riconoscimento giuridico dei legami così creati, sulla base dell'art. 8 CEDU.

Ovviamente la condizione del minore si configura alla luce del quadro normativo italo-europeo, ma è pur vero che essendo la surrogazione di maternità una pratica che non riceve il consenso di tutti gli Stati, e quando lo riceve non lo ha sempre allo stesso modo, ogni singolo ordinamento conserva un certo margine di apprezzamento relativo alle modalità di accertamento e riconoscimento dello *status filiationis*.

Questo ha portato, in Italia, all'emergere di una lacuna legislativa che ha posto il giudice di legittimità di fronte alla possibilità di seguire due strade alternative tra loro: la trascrizione dell'atto di nascita o il procedimento di adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. d), l. n. 184/83.

La prima soluzione colmerebbe la lacuna attraverso uno strumento di eterointegrazione dell'ordinamento, ossia attraverso il recepimento automatico all'interno dello Stato italiano di un atto straniero. In merito a questa soluzione, da un lato si è argomentato che essa è contraria al principio di ordine pubblico¹¹⁹, da un altro lato la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022 ha statuito che «l'automatico riconoscimento della genitorialità intenzionale già accertata all'estero non realizza la pienezza della tutela del minore, che richiede invece una particolare conformazione, con i caratteri della

¹¹⁹ Il percorso argomentativo cui si fa riferimento è stato ripreso nel terzo paragrafo del primo capitolo della presente tesi (che si rinvia alle pp. 51-69).

effettività e della stabilità [...] (pienezza di tutela) che impone, invece, che siano ricercati nel sistema strumenti affinché siano riconosciuti al minore, in una logica rimediale, tutti diritti connessi allo *status* di figlio anche nei confronti del committente privo del legame biologico, subordinatamente ad una verifica in concreto in conformità al superiore interesse del minore». Cioè, la Corte problematizza proprio l'automaticità del riconoscimento dello *status* di figlio e dell'attribuzione della genitorialità. Per questo, la seconda soluzione rappresenta, se liberata dagli elementi problematici che la connotano, lo strumento più in grado di assicurare, a livello procedurale, la miglior tutela dei diritti del minore nato da GPA¹²⁰.

Quindi, seppur vero che una parte della giurisprudenza ritiene che l'adozione in casi particolari sia lo strumento da prediligere, dalla sostanza della pronuncia delle Sezioni Unite emerge la necessità che il legame fra il bambino e il genitore d'intenzione venga valutato e appurato da un organo statale, data l'importanza degli interessi in gioco, ed anche per via della natura, quanto meno astrattamente, illecita del comportamento della coppia di genitori sul territorio italiano.

Si rileva anche che la propensione per la soluzione data dallo strumento dell'adozione in casi particolari ha un'accezione più simbolica che non tecnica giuridica, come emerge dal ragionamento della decisione di Sezioni Unite, la n. 12193 del 2019, durante lo sviluppo del quale esse escludono che nell'ordinamento italiano esista un modello di genitorialità, diverso dall'adozione, che non sia quello "naturale", fondato sul legame biologico intercorrente tra genitore e figlio.

Inoltre, un'ulteriore critica mossa al rimedio apprestato dall'adozione in casi particolari è che essa si configurerebbe come una soluzione più per gli adulti che non per i minori. L'adozione, infatti, è senz'altro uno strumento grazie al quale l'ordinamento fronteggia la necessità dei minori di sviluppare la propria personalità all'interno di un determinato nucleo familiare, ma è anche vero che tale

¹²⁰ La sentenza ripresa si è rinvenuta in E. MESSINEO, *Gestazione per altri e integrazione dell'ordinamento*, cit., p. 209.

strumento presuppone la volontà espressa da un adulto di prendersi cura di un minore, frutto di un progetto genitoriale alieno. Detto in altro modo: l'iniziativa per costituire lo *status* non compete mai all'adottando, il minore non può mai rivendicare la costituzione del rapporto genitoriale per il tramite dell'adozione.

È evidente che nel contesto della GPA i genitori intenzionali vogliano prendersi cura del figlio che verrà ad esistere grazie alla gestazione della madre surrogata, e all'eventuale apporto genetico altrui. Tuttavia, nel caso in cui il partecipante al progetto procreativo non abbia legami genetici con il minore e non voglia più instaurare un legame con lo stesso, il minore non può fare alcunché, perché non vanta nessun diritto alla costituzione di un rapporto col genitore d'intenzione ma privo di legame genetico, attraverso l'istituto dell'adozione.

Senza contare che questa soluzione non prevede il pieno inserimento del minore nella famiglia dell'adottante e presuppone, in ogni caso, l'assenso del genitore biologico, che potrebbe mancare in caso di separazione o crisi della coppia¹²¹.

Dalla somma di tutte queste critiche, era discesa la scelta del giudice meneghino di tornare alla trascrizione, come rimedio alla situazione creata dal ricorso alla GPA all'estero da parte di una coppia italiana. Ma questa soluzione ha prodotto l'effetto paradossale di rendere la trascrizione lo strumento di tutela del minore, solo nel caso di morte del genitore biologico anteriore all'espressione del di lui consenso di procedere all'adozione in casi particolari¹²².

Quindi, queste sono le soluzioni che sono state vagliate e prospettate per quanto attiene alla scelta dei mezzi di riconoscimento giuridico del legame tra il minore e il genitore intenzionale, e date le mancanze dell'ordinamento, la Corte costituzionale ha invitato il Parlamento a intervenire con una disciplina capace di

¹²¹ La Corte Costituzionale, con la sentenza del 23 febbraio 2022 n. 79, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della l. 184/1983 nella parte in cui prevede che l'adozione in casi particolari non fa sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Invece, la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 38162/2022, ha ritenuto superabile, in via interpretativa, il dissenso all'adozione manifestato dal genitore biologico, ogniqualevolta esso si ponga in contrasto con il preminente interesse del minore e, cioè, in tutte le ipotesi in cui l'adottante abbia effettivamente intrattenuto un rapporto di affetto e di cura con l'adottando.

¹²² E. MESSINEO, *Gestazione per altri e integrazione dell'ordinamento*, cit., pp. 208-212.

adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata, nel difficile contesto del bilanciamento tra la finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e la necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori.¹²³

Invece, per quanto riguarda il secondo profilo che si vuole qui considerare, si può delineare una sorta di schema dei casi che hanno dato origine alle pronunce che si esamineranno¹²⁴, perché in gran parte analoghi.

Un uomo e una donna sposati, che non possono generare un figlio naturalmente, si recano all'estero per ricorrere ad una tecnica di PMA vietata in Italia. La tecnica cui ricorrono le coppie prevede la formazione dell'embrione in vitro, attraverso il patrimonio genetico del padre, che sarà oltre che padre d'intenzione anche biologico, e quello di una donna terza, ovodonatrice.

L'embrione così formato viene impiantato nell'utero della madre surrogata, che porta a termine la gravidanza per conto della coppia. Pochi giorni prima del parto le coppie si recano nei rispettivi Paesi, di volta in volta diversi, e dopo la nascita del bambino, o della bambina, viene formato dallo Stato estero il certificato di nascita nel quale si attesta la genitorialità dei genitori d'intenzione. Ciò avviene in conformità alla legge del Paese nel quale si è fatto ricorso alla surrogazione di maternità. Tornate in Italia, le coppie sollecitano la trascrizione dei rispettivi atti di nascita, compilando e presentando all'ambasciata i documenti necessari *ex lege*, indicando le qualità di madre e padre come attestate nel certificato formato all'estero. I coniugi chiedono all'autorità consolare la trasmissione dell'originale dell'atto di nascita al proprio comune di residenza, per la sua annotazione nei registri dello stato civile italiano, tacendo la natura surrogata della maternità.

Quindi, giunte in Italia le coppie ottengono la trascrizione dell'atto di

¹²³ V. TIGANO, *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", n. 3, 2021, pp. 1043-1070.

¹²⁴ Le pronunce sono quelle prese in considerazione da T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", n. 1, 2015, pp. 412-439.

nascita, nei registri dello stato civile, con la conseguenza che il bambino nato attraverso PMA, cui si è fatto ricorso all'estero, risulta figlio di una donna che non è né madre biologica né madre genetica. I funzionari dell'ambasciata insospettiti dalle tempistiche del viaggio e del parto, comunicano l'accaduto alle autorità italiane. Così, il PM contesta alle coppie il reato di alterazione di stato ex art. 567, c. 2, c.p. Reato che si configura quando nella formazione dell'atto di nascita si «altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità». Cioè, nella prospettiva dell'accusa, le coppie che ricorrono alla surrogazione di maternità all'estero, commettono il reato di cui all'art. 567, c. 2, c.p., poiché hanno attribuito al neonato uno *status* diverso rispetto a quello che gli spetterebbe in base alla legge italiana, infatti, l'art. 269 c.c. stabilisce il principio per cui la madre è la donna che ha partorito il bambino.

Dunque, il quesito sul quale è stato chiamato a pronunciarsi il Tribunale di Milano nelle sentenze qui prese in considerazione¹²⁵ è se commette reato di alterazione di stato ex art. 567, c. 2, c.p. chi ricorre alla surrogazione di maternità in un Paese straniero e, in seguito, ottiene la trascrizione nei registri dello stato civile italiano del certificato di nascita formato all'estero, nel quale è attribuito lo *status* di madre alla donna che non è la partoriente.

A questa domanda il Tribunale di Milano ha risposto negativamente, con la sentenza del 14 aprile 2014. Il giudice ha osservato che in base a quanto previsto dalla disciplina vigente in materia di ordinamento dello stato civile¹²⁶, le dichiarazioni di nascita effettuate da cittadini italiani all'estero devono farsi, secondo le norme stabilite dalla legge del luogo, alle autorità locali competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa. Copia dell'atto deve essere inviata all'autorità consolare e diplomatica, che provvede alla trasmissione del documento all'ufficiale di stato civile del comune in cui l'interessato è residente, o in cui ha intenzione di stabilire la propria residenza, ai fini della trascrizione. Si prevede,

¹²⁵ T. TRINCERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, cit., pp. 412-439.

¹²⁶ D. P. R. 3 novembre 2000 n. 396.

inoltre, che gli atti dello stato civile formati all'estero non possano essere trascritti se contrari all'ordine pubblico. Il rinvio alla *lex loci*, fa sì che i cittadini italiani all'estero debbano effettuare le dichiarazioni di nascita all'ufficiale di stato civile straniero, in base alla legge del luogo. Nel caso di specie, gli imputati non avrebbero potuto agire diversamente, così come l'ufficiale di stato civile straniero, che se avesse agito diversamente avrebbe violato le norme in vigore in quello Stato.

Si esclude così la configurazione del reato di alterazione di stato ex art. 567, c. 2, c.p., infatti, nessuna falsa attestazione, certificazione, od altra falsità è stata compiuta; inoltre, il delitto di alterazione di stato non è configurabile in relazione alle false indicazioni sullo stato civile di una persona rese quando l'atto di nascita è già formato; eventualmente la condotta può rientrare nel meno grave reato di falsa dichiarazione o attestazione a pubblico ufficiale su qualità personali ex art. 495, c. 2, n. 1, c.p.

Rimane aperta la questione relativa alla "natura" della trascrizione. Perché il documento viene formato all'estero, successivamente trascritto nei registri dello stato civile italiano, acquistando in questo modo efficacia nell'ordinamento italiano. Si è pertanto detto che la trascrizione ha effetto e natura di mera pubblicità.

Per quanto riguarda la configurabilità del reato di cui all'art. 495, c. 2, n. 1 c. p., anche in questo caso essa viene esclusa dal Tribunale di Milano, perché la richiesta rivolta all'autorità consolare di trasmettere l'atto di nascita ai fini della trascrizione è prevista dalla legge sullo stato civile e non incide sulle posizioni giuridiche coinvolte. Ma anche a voler ritenere che con la dichiarazione in questione gli imputati abbiano reso falsa dichiarazione all'autorità consolare, trattandosi di un reato comune commesso all'estero, punito con la pena minima inferiore ai tre anni, l'azione sarebbe improcedibile ai sensi dell'art. 9 c.p. per mancanza di richiesta da parte del Ministro della giustizia.

Quindi la conclusione cui giunge il Tribunale di Milano è la piena assoluzione¹²⁷.

Un precedente solo apparentemente difforme è dato dalla sentenza del Tribunale di Brescia del 26 novembre 2013¹²⁸. Sentenza in cui il Tribunale era, per l'appunto, giunto alla conclusione opposta. Tuttavia, nel caso di specie, la coppia italiana aveva fatto ricorso, a Kiev, alla fecondazione assistita con donazione di ovocita e alla surrogazione di maternità contravvenendo alla stessa legge Ucraina, la quale non consente contestualmente di ricorrere sia alla donazione di ovocita che alla maternità surrogata¹²⁹. Peraltro, gli imputati avrebbero anche violato l'obbligo di stipulare un contratto formale, come previsto dalla legge ucraina per la fecondazione artificiale.

Il Tribunale di Brescia ha concluso che l'atto di nascita in cui si indica come madre legittima la donna che non ha partorito i bambini è ideologicamente falso, anche secondo la legge del luogo in cui i bambini sono nati, perché volto a "nascondere" una pratica di PMA non ammessa nemmeno in Ucraina.

Nonostante giungano a soluzioni opposte, le sentenze del Tribunale di Milano e del Tribunale di Brescia non affermano principi di diritto contrastanti. Sono le due situazioni diverse, anche se apparentemente identiche, a giustificare gli esiti opposti. Ed il punto su cui le sentenze davvero divergono è l'interpretazione delle norme della legislazione ucraina, in particolare nella parte in cui permettono o vietano il ricorso alla tecnica di donazione di ovocita e maternità surrogata.

Invece, un caso di condanna per il reato di false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali si è registrato nel Tribunale di Milano, con la sentenza

¹²⁷ T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, cit., pp. 420-422.

¹²⁸ T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, cit., pp. 422-423.

¹²⁹ La legge ucraina permetterebbe la donazione di ovocita, attraverso il quale generare in vitro l'embrione da impiantare nell'utero della donna infertile moglie del padre genetico (fecondazione eterologa); oppure l'impianto dell'embrione concepito con il patrimonio genetico di una coppia legalmente sposata nell'utero di una donna diversa dalla madre biologica (surrogazione di maternità). T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, cit., p. 422.

dell'8 aprile 2014¹³⁰. Si dà nota di questo caso per capire qual è il percorso argomentativo usato dalla Corte per decidere della condanna di una coppia che parrebbe essersi mossa entro le linee schematiche sopra delineate. Linee schematiche che hanno quasi sempre permesso di giungere alla assoluzione delle coppie che avevano, appunto, fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero, e poi tornate in Italia, chiesto la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero. Il caso riguardava una coppia italiana che aveva fatto ricorso a fecondazione assistita e surrogazione di maternità in India. Il Tribunale di Milano aveva escluso che la condotta integrasse il reato di cui all'art. 495, c. 2, n. 1 c.p., poiché l'atto era stato validamente posto in essere, nel rispetto della legge indiana. Però, dopo aver formato il certificato di nascita all'estero, per chiederne la trascrizione, la coppia aveva presentato alle autorità di Mumbai una richiesta nella quale erano indicate le qualità di madre e padre attestate dal certificato straniero, in seguito avevano presentato all'ufficiale dell'anagrafe del comune di residenza un modulo, nel quale dichiaravano di essere genitori del bambino. Ed era stata proprio questa ultima condotta, secondo il Tribunale, a presentare tutti gli elementi costitutivi del delitto di false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali, destinate ad essere recepite in atti dello stato civile (art. 495, c. 2, n. 1 c.p.). Il Tribunale aveva sentenziato che le false dichiarazioni rese dagli imputati avevano sottratto al patrimonio conoscitivo dell'ufficiale di stato civile italiano un elemento, ossia il carattere surrogato della maternità, potenzialmente valutabile ai fini del rifiuto della trascrizione dell'atto, ex art. 18 D.P.R. 396/2000, per contrarietà all'ordine pubblico. Pertanto, il Tribunale ha affermato la responsabilità degli imputati per il reato di cui all'art. 495, c. 2, n. 1 c.p. e li ha condannati alla pena di un anno e quattro mesi di reclusione¹³¹.

L'ultima sentenza che qui si considera è la n. 48696 del 17 novembre 2016, in cui la Corte di Cassazione si è occupata, ancora una volta, dei profili di

¹³⁰ T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, cit., pp. 424-425.

¹³¹ T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, cit., pp. 424-425.

responsabilità penale derivanti, eventualmente, dal compimento della pratica della surrogazione di maternità in un Paese straniero¹³².

Nel caso di specie gli imputati erano accusati di aver alterato lo stato civile dei neonati, nati in Ucraina attraverso la pratica della surrogazione eterologa di maternità, usando una certificazione dal contenuto falso, perché affermava la genitorialità della coppia committente, in particolare la qualità di madre dei minori di una donna che però non aveva con loro alcun legame, né genetico, né biologico-gestazionale.

In principio, i giudici di merito avevano affermato che gli imputati avevano agito nella consapevolezza della liceità della pratica nel Paese straniero, e quindi nella convinzione della regolarità delle certificazioni loro rilasciate.

Questa conclusione era stata contestata dalla pubblica accusa, che proponendo ricorso per cassazione, opponeva da un lato il carattere decettivo della condotta degli imputati, eventualmente inquadrabile nella fattispecie, meno grave, di cui all'art. 495, c. 2, n. 1 c.p., e dall'altro la consapevolezza della coppia della falsità delle dichiarazioni rilasciate sulla genitorialità, anche alla luce del divieto di surrogazione di maternità previsto dalla legge italiana.

Queste obiezioni sono state respinte dalla Cassazione, che ha convalidato le conclusioni cui erano giunti i giudici di merito, inoltre ha precisato che ad un analogo esito assolutorio si sarebbe giunti rilevando l'insussistenza della materialità del delitto di cui all'art. 567, c. 2 c.p. La conclusione cui giunge la Corte è particolarmente rilevante ai fini di questo discorso, perché si propone di chiarire i rapporti tra la surrogazione di maternità praticata all'estero e il delitto di alterazione di stato.

La decisione parte dall'esegesi del dato normativo. L'art. 567, c. 2 c.p. sanziona la condotta di chi «nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile

¹³² A. CHIBELLI, *La maternità surrogata e il diritto penale: l'intervento della Corte di Cassazione, Cassazione Penale, n.07/08 -2017, Sez. VI, 11.10.2016, n.48696*, in "Decisioni della Corte di Cassazione Codice penale 328", pp. 2746-2762.

di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità». Da qui prende avvio il ragionamento della Corte, che rileva l'insussistenza dell'elemento oggettivo del reato in contestazione, facendo leva su due argomenti strettamente connessi. Innanzitutto, la Corte sottolinea che la norma penale in questione incrimina il fatto di falsificare lo stato civile del nato nella formazione del suo atto di nascita. Dunque, ai fini della punibilità, occorre che la falsità emerga dall'atto, sotto forma di falsa attestazione di stato, e tale falsità deve essere riconducibile ad una condotta che vi abbia inciso nello specifico momento di formazione dello stesso, non dopo. Quindi, i giudici si chiedono se il contenuto dell'atto di nascita dei due neonati sia falso; e se la condotta, eventualmente mendace, degli imputati abbia alterato lo stato civile dei minori, condizionando specificamente la formazione del relativo atto di nascita.

Per rispondere al primo quesito, i giudici devono specificare la definizione del concetto di genitorialità. La Corte si chiede, dunque, cosa sia a definire il rapporto di genitorialità; se sia esclusivamente il legame genetico intercorrente col figlio, per cui attestare la qualità di madre in capo alla donna che non ha alcuna relazione genetico-gestazionale con il neonato non corrisponderebbe alla realtà dei fatti, oppure se la valutazione debba tener conto di fattori socio-culturali capaci di indicare quale sia il legame rilevante per l'attribuzione della qualità di genitore. La Corte ricava l'indiretta validità del secondo assunto, dal mutamento dell'ambito di tutela e dei presupposti dell'incriminazione ex art. 567, c. 2 c.p. Essere genitori si configura come un fatto "istituzionale", non soltanto naturale, cioè dipendente dalle scelte legislative, cui bisogna attenersi per valutare la veridicità o la falsità della dichiarazione di genitorialità che si rinviene nell'atto di nascita. Infatti, oltre al legame biologico tra genitore e figlio, viene conferita dignità anche al legame di genitorialità che non ha alla propria base una relazione genetica, in quanto conseguente al ricorso delle tecniche di fecondazione artificiale secondo la disciplina della legge n. 40/2004. Se così è, per il diritto ucraino, il contenuto dell'atto di nascita in questione, è senz'altro vero, mentre per il diritto italiano no,

poiché per assegnare la qualità di madre si richiede quanto previsto dall'art. 269, c. 3 c.c.: il legame dato dal parto.

Tuttavia, come emerge dal ragionamento della Corte, non si può non tener conto del fatto che l'atto di nascita sia stato interamente formato all'estero, nel rispetto della *lex loci*. Infatti, sulla base dell'art. 15, c. 2, D.P.R. n. 396/2000 le dichiarazioni di nascita di cittadini italiani nati all'estero «devono farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa». Solamente in un secondo momento il documento viene inviato all'autorità diplomatica o consolare, affinché questa trasmetta all'ufficiale di stato civile territorialmente competente copia degli atti relativi al cittadino italiano, formati all'estero, per ottenerne la trascrizione nei registri nazionali. Quindi, l'unico punto di vista da adottare è quello dell'ordinamento del Paese straniero di riferimento, a cui solo spetta di disciplinarne il contenuto. Questa conclusione non può non tener conto del fatto che l'atto di nascita è stato presentato all'autorità consolare italiana ai fini della sua registrazione. La trascrizione è un problema solo successivo, che non ha alcun impatto ai fini dell'applicazione dell'art. 567, c. 2 c.p., essa serve esclusivamente a dare pubblicità nel nostro ordinamento all'atto posto in essere all'estero. Quindi, la trascrizione esula dal problema dell'ambito operativo del delitto di alterazione di stato. Ma per i giudici di legittimità il punto centrale è un altro: i certificati di nascita di cui si discorre, non sono documenti ideologicamente falsi, perché validamente formati, nell'osservanza della legge del Paese di nascita dei neonati. Questo vale ad escludere la materialità del delitto di alterazione di stato, ed anche del più lieve reato di cui all'art. 495 c.p., infatti, anch'esso presuppone una mendace alterazione della realtà.

Questa vicenda offre l'occasione per riflettere su due nodi problematici, legati al fatto che la maternità surrogata sia disciplinata diversamente da Stato a Stato, in particolare vietata in Italia e ammessa altrove¹³³. Infatti, si avverte sempre

¹³³A. CHIBELLI, *La maternità surrogata e il diritto penale: l'intervento della Corte di Cassazione*, *Cassazione Penale*, n.07/08 -2017, Sez. VI, 11.10.2016, n.48696, cit., pp. 2752-2757.

più l'esigenza di verificare la rilevanza penale (anche) delle condotte tenute a valle rispetto alla surrogazione di maternità compiuta all'estero, e i cui effetti si ripercuotono nell'ordinamento italiano, che ai fini dell'assegnazione della qualità di genitore non dà alcun rilievo all'accordo di surrogazione di maternità. In particolare, si discute della possibilità di punire i genitori "committenti", una volta tornati in Italia.

Il primo problema attiene alla procedibilità dell'azione penale. Perché, se la condotta che viene contestata è stata interamente compiuta all'estero (come nel caso in questione), devono trovare applicazione le regole che presiedono all'efficacia della legge penale nello spazio, e che dettano le condizioni che devono sussistere per punire un soggetto ai sensi di una norma incriminatrice nazionale per un fatto compiuto in un Paese straniero. Condizioni che variano in base alla natura del reato in questione e/o della nazionalità dell'autore del fatto criminoso.

La possibilità di applicare la disciplina penale italiana ai fatti commessi all'estero è condizionata dalle regole previste agli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p. e in particolare, nel caso di specie, all'art. 9 c.p. che subordina la punibilità di un delitto commesso all'estero dal cittadino italiano alla presenza di taluni presupposti: deve essere un reato per il quale la legge italiana prevede o l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni e che il reo si trovi nel territorio dello Stato.

Condizioni che sussistono rispetto all'art. 567, c. 2, mentre con riguardo all'art. 495 c.p., data la previsione di una sanzione inferiore, viene applicato il c. 2 dell'art. 9 c.p., per cui è necessaria la richiesta del Ministero della Giustizia, ovvero l'istanza o querela della persona offesa.

Pertanto, nel caso in questione, il giudice avrebbe comunque dovuto prosciogliere gli imputati, per mancanza delle condizioni richieste ai fini della procedibilità.

Il secondo problema riguarda la possibilità, in vicende come la presente, di inquadrare la condotta dei genitori "committenti" in una delle fattispecie criminosi punite dall'ordinamento italiano. A tal proposito vi sono diversi orientamenti giurisprudenziali.

Un primo orientamento nega la possibilità di inquadrare la condotta dei genitori “committenti” nella fattispecie di cui all’art. 567, c. 2 c.p., tuttavia, non ritiene priva di rilievo penale tale condotta, poiché rivolgendosi all’autorità consolare per richiedere la trascrizione dell’atto di nascita, la coppia porrebbe comunque in essere una condotta di falsa dichiarazione/attestazione, idonea a incidere sulle qualità personali (del neonato) e destinata a riverberarsi negli atti dello stato civile, all’esito del procedimento di trascrizione nei registri nazionali. Secondo questo orientamento, si sottrarrebbe così alla valutazione dell’ufficiale di stato civile italiano la conoscenza di un elemento, ossia la surrogazione di maternità, capace di incidere sull’accoglimento della richiesta di trascrizione dell’atto di nascita, ex art. 18 D.P.R. n. 396/2000. Quindi la condotta sarebbe sussumibile nell’art. 495, c. 2, n. 1 c.p.

Invece, secondo una diversa impostazione interpretativa, il comportamento della coppia “committente” non integrerebbe alcuno dei reati di cui sopra. Si ritiene, infatti, che i genitori compiano un’attività doverosa richiedendo la trascrizione dell’atto di nascita formato all’estero, inoltre, si reputa che i genitori agiscano nella convinzione di conformare la propria condotta alla disciplina ucraina, sarebbero quindi privi della coscienza e volontà di affermare il falso.

Infine, il terzo orientamento fa leva sulla inoffensività della falsità eventualmente commessa dai genitori “committenti”, per diverse ragioni. La prima riguarda il carattere grossolano delle falsità, eventualmente, pronunciate dai coniugi, per cui sono incapaci di ingannare alcuno; la seconda fa leva sul fatto che il falso sia comunque considerato innocuo, incapace di produrre l’effetto giuridico di impedire la trasmissione e la successiva trascrizione dell’atto di nascita all’estero, attività che si configura, in ogni caso, doverosa. Peraltro, alla luce del quadro normativo nazionale e sovranazionale, l’ufficiale di stato civile non potrebbe rifiutarsi di trascrivere l’atto di nascita formato in conformità alla *lex loci*, perché sullo Stato ricadrebbe l’obbligo di riconoscere il rapporto di filiazione, validamente formato all’estero. Da qui l’irrilevanza giuridica del falso.

Con la sentenza n. 48696/2016 la Cassazione toglie ogni incertezza interpretativa circa la qualificazione giuridico-penale della condotta ascrivibile ai genitori “committenti”, ritenendo non configurabile né la fattispecie di cui all’art. 567, c. 2 c.p. né il delitto ex art. 495 c.p. In tal modo la Corte ribatte anche alle critiche provenienti da una parte della dottrina che propone un’interpretazione dell’art. 567, c. 2 c.p. coerente col divieto di surrogazione di maternità. Viene, infatti, elevata la *lex loci* a parametro di riferimento, e il concetto di genitorialità “legale” assurge a bussola orientativa per l’interprete.

La grande assente di questa vicenda processuale, è la contestazione del delitto di cui all’art. 12, c. 6, l. n. 40/2004, cioè del reato di surrogazione di maternità. Per quale motivo, nel caso di specie, la pubblica accusa ha preferito esercitare l’azione penale rispetto a delle condotte che succedono alla surrogazione di maternità? Perché non è stata contestata alla coppia ricorso alla pratica della surrogazione di maternità all’estero lo specifico reato di surrogazione di maternità? In via di prima approssimazione si può da subito rilevare che la possibilità di applicare la legge penale italiana sulla base del principio di territorialità, richiede che in Italia sia stata realizzata tutta o parte della condotta o che *ivi* si sia verificato l’evento. Quindi per poter applicare questa fattispecie è necessario che almeno una parte della condotta si sia realizzata in Italia, e nelle vicende che hanno visto il coinvolgimento talvolta sul piano penale dei committenti, i fatti erano stati realizzati completamente all’estero, quindi non c’era alcuna possibilità di applicare direttamente questa fattispecie¹³⁴.

Ad ogni modo, si ritiene siano due le possibili risposte a questi interrogativi, che possono essere considerati però come un tutt’uno.

La prima risposta inerisce alle caratteristiche strutturali dell’art. 12, c. 6, l. n. 40/2004, dunque ai dubbi legati all’individuazione della condotta incriminata e dei soggetti punibili. Quindi, la mancata contestazione potrebbe essere la conseguenza di una ricostruzione che esclude la condotta della coppia committente

¹³⁴ A. CHIBELLI, *La maternità surrogata e il diritto penale: l'intervento della Corte di Cassazione*, Cassazione Penale, n.07/08 -2017, Sez. VI, 11.10.2016, n.48696, cit., pp. 2757-2760.

dall'ambito operativo della norma incriminatrice. Infatti, vi sono due opposte interpretazioni del reato in questione, per come attualmente formulato. Secondo una prima interpretazione, più restrittiva, il legislatore avrebbe voluto punire solamente l'esecuzione della pratica surrogatoria attuata dal personale sanitario. Si configurerebbe così un reato plurisoggettivo improprio, per la cui realizzazione è necessaria la compartecipazione di altri soggetti non punibili.

La seconda opzione interpretativa fa leva sull'ampia formula volutamente usata dal legislatore, per comprovare il fatto che ciò che è penalmente rilevante non è esclusivamente la pratica medica in sé per sé, bensì rileverebbero anche tutte le ulteriori condotte. Quindi, l'ipotesi criminosa in commento si configurerebbe come reato plurisoggettivo in senso proprio e tutti i soggetti necessari per porre in essere la pratica sarebbero punibili ai sensi dell'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004.

Dunque, la possibilità di imputare alla coppia "committente" il reato in questione, dipende dall'opzione interpretativa cui si aderisce.

Ma al di là della ragione interpretativa, v'è anche una ragione legata alla concreta punibilità in Italia di un fatto previsto nel nostro ordinamento come reato, ma considerato lecito nel Paese in cui è commesso. L'art. 9 c.p. non dice alcunché al riguardo, e sul punto la dottrina è divisa.

Un primo orientamento ritiene che i principi di legalità e colpevolezza imporrebbero, ai fini della punibilità del reato commesso all'estero, la c.d. doppia incriminazione. Un secondo orientamento, invece, ritiene che la doppia incriminazione non sia un requisito implicito richiesto dall'art. 9 c.p., quindi non sarebbe necessario che il fatto costituisca reato anche in base alla legge del luogo in cui il fatto è stato commesso.

Questa incertezza si riflette anche nella giurisprudenza, infatti si è registrato che alcune pronunce hanno ritenuto necessaria la doppia incriminazione per la punibilità del fatto in Italia; altre, invece, hanno sostenuto che la doppia incriminabilità sia requisito indispensabile per l'estradizione, ma non per la punibilità in Italia.

Si può dire che siano le incertezze relative all'interpretazione dell'art. 9 c.p. a costituire il più grande ostacolo alla perseguibilità delle violazioni del divieto di maternità surrogata, ormai molto praticata all'estero. Da qui nasce appunto l'esigenza di comprendere se la doppia incriminazione sia o meno un requisito implicito per l'applicazione della norma italiana al fatto commesso all'estero.

I giudici di legittimità avrebbero potuto escludere la punibilità della coppia "committente" affermando proprio che ai fini dell'applicabilità della legge nazionale per il reato commesso all'estero, il fatto deve avere rilevanza penale sia per l'ordinamento italiano che per quello del *locus commissi delicti*. Tant'è che il fatto che l'art. 9 c.p. non preveda espressamente la necessità della doppia incriminabilità non è risolutivo: il silenzio della legge è ambiguo, ma non può essere addotto come argomento per escludere la necessità della doppia incriminazione come condizione implicita di efficacia extraterritoriale della legge penale.

Per riuscire ad interpretare la norma, occorre rifarsi ai *Lavori preparatori del codice penale*, e nella specie, alla *Relazione al Progetto definitivo del codice di legge*, nella quale si afferma che è necessario che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui è stato commesso.

Questa interpretazione troverebbe conferma anche a livello sistematico.

La regola per cui la disciplina dell'efficacia della legge penale nello spazio ruota attorno al principio di territorialità, trova appoggio su due disposizioni di parte generale del codice penale, ossia gli artt. 3 e 6, c. 1 c.p.

Ovviamente vi sono delle eccezioni che rendono applicabile la legge italiana a fatti commessi all'estero. Lo stesso art. 9 c.p. parrebbe configurarsi come un'eccezione alla regola, la cui *ratio* viene rintracciata di volta in volta nel principio di personalità o nel principio di difesa. È un'eccezione assoggettata al canone ermeneutico dell'art. 14 delle preleggi, che vieta l'applicazione analogica delle disposizioni normative che fanno eccezione alle regole generali, quindi impone all'interprete un'interpretazione restrittiva. Da qui si fa derivare la

necessità che il dettato dell'art. 9, c. 2 c.p. sia interpretato nel senso di richiedere il requisito della doppia incriminazione.

Quanto sin qui detto chiarisce la rilevanza della *lex loci* per l'ordinamento italiano, nonché della necessità del requisito della doppia incriminazione. Tuttavia, a seguito del d.d.l. 824/2024 con cui il Senato ha approvato la modifica al comma 6 dell'art. 12 della legge n. 40/2004 introducendo la dicitura «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla maternità surrogata, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana», sembra che si possano operare delle diverse considerazioni rispetto a quelle sin qui svolte.

Innanzitutto, questa previsione renderebbe superfluo il requisito della doppia incriminazione, così come di valutare la disciplina del luogo in cui è stata praticata la surrogazione di maternità, poiché “il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana”; inoltre, offre un'indicazione sull'orientamento interpretativo da preferire rispetto all'art. 12, c. 6, perché il periodo aggiunto è incompatibile con un'interpretazione restrittiva dello stesso.

Ciò su cui bisogna riflettere è se questo d.d.l. valga a togliere rilevanza a tutte le questioni sopra affrontate, siccome in numerose vicende processuali che prendono l'avvio dal ricorso alla surrogazione di maternità all'estero da parte di una coppia italiana, non viene contestato lo specifico reato di surrogazione di maternità di cui all'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004, bensì l'azione penale esercitata dalla pubblica accusa si riferisce alle condotte che si pongono a valle rispetto alla pratica della surrogazione, vedendo pertanto la contestazione dei reati di cui agli artt. 567 e 495 c. p.

Per concludere, si noti che la legge n. 169/2024 non interviene sugli effetti penali indiretti che la GPA realizzata all'estero potrebbe avere in Italia in relazione ad altre fattispecie di reato, che possono essere integrate successivamente alla denuncia della nascita all'estero (dove il fatto è lecito), sino alla richiesta di trascrizione dell'ufficiale di stato civile. Infatti, l'effetto deterrente non sarebbe dato tanto dalla GPA come reato perseguibile all'estero, quanto dalle fattispecie domino nelle quali i genitori di intenzione potrebbero incorrere per coprire la

pratica svolta all'estero, in quanto l'art. 567 c.p. è punito con la reclusione da tre a dieci anni, mentre l'art. 495 c.p. con la reclusione da uno a sei anni¹³⁵.

Infine, per le coppie omosessuali maschili, si pone un ulteriore problema: in presenza di un figlio nato da GPA all'estero, la soluzione indicata dalle Sezioni unite della Cassazione dell'adozione in casi speciali di chi risulta figlio del compagno espone la coppia alla denuncia per il fatto commesso all'estero dopo l'entrata in vigore della l. n. 169/2024¹³⁶

3. Riconoscimento dello *status filii* a seguito del ricorso alla maternità surrogata all'estero: l'orientamento della Corte EDU.

Le divergenze normative esistenti a livello nazionale, l'assenza di una normativa uniforme in ambito internazionale sulla maternità surrogata, nonché sui meccanismi di riconoscimento degli *status* personali, fanno sì che le valutazioni attinenti all'idoneità degli atti stranieri a produrre effetti nello Stato d'origine risultino rimesse alla competenza dei singoli ordinamenti nazionali.

Tuttavia, per gli Stati che partecipano al Consiglio d'Europa, questa discrezionalità è rapportata all'esigenza di rispettare i vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

I singoli Stati a livello interno possono liberamente disciplinare la pratica della surrogazione di maternità, però devono rispettare gli obblighi che derivano dall'interpretazione della Corte di Strasburgo, in relazione al riconoscimento degli effetti di alcune tipologie di accordi di maternità surrogata conclusi all'estero. Pertanto, l'esigenza dei singoli Stati di tutelare i propri interessi nazionali, che spesso si traduce nell'apposizione del divieto di surrogazione della maternità e

¹³⁵ D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, [Nota a sentenza] *Maternità surrogata all'estero e alterazione di stato* – Sez. VI, 11/10/2016 n. 48696, in “Cassazione penale”, n. 4, 2016, p. 1371; T. TRINCERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, n. 4, 2017 p. 1393; 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”, 2017, p. 899.

¹³⁶ M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, cit., p. 140.

nella tutela dei principi di ordine pubblico, si scontra con l'arduo compito di garantire un bilanciamento equo con la tutela dei principi della continuità transnazionale degli *status* personali e del *best interest of the child*.

Dunque, quello che si intende fare in questo paragrafo è cercare di cogliere la posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) rispetto al riconoscimento dello *status filii* del neonato nato attraverso il ricorso alla maternità surrogata all'estero, ove la pratica è consentita, ed esaminare il bilanciamento degli interessi coinvolti, operato dalla Corte stessa. Riflettere su questi aspetti, infatti, permette di cogliere quali potrebbero essere le prospettive di avanzamento, a livello europeo, nella tutela dei soggetti coinvolti, dalla collaborazione degli Stati, e questo, a sua volta, fa emergere la contraddizione dell'ordinamento italiano, che da un lato, aderendo alla CEDU, cerca di recuperare il più possibile il rapporto tra i genitori di intenzione e il figlio, e dall'altro interviene con la sanzione penale, rispetto alla quale si è previsto un inasprimento. Per fare questo si prenderanno in considerazione le note sentenze *Mennesson e Labasse c. Francia*¹³⁷ e *Paradiso e Campanelli c. Italia*¹³⁸.

Le prime due sentenze considerate sono le sentenze gemelle, datate 26 giugno 2014, rispettivamente *Mennesson c. France* e *Labassee c. France*¹³⁹.

Mennesson e Labessen, sono due coppie francesi affette da sterilità, che non possono avere figli, né naturalmente né attraverso tecniche di procreazione

¹³⁷ Mennesson contro Francia (Ricorso n. 65192/11) e Labassee contro Francia (n. 65941/11).

¹³⁸ Paradiso e Campanelli contro Italia (Ricorso n. 25358/12).

Per un maggiore approfondimento si segnalano anche altre sentenze della Corte europea dei diritti umani: *C. e E. c. Francia*, ricorsi n. 1462/18 e 17348/18, sentenza del 19 novembre 2019; *D. c. Francia*, ricorso n. 11288/18, sentenza del 16 luglio 2020; *Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*, ricorso n. 71552/17, sentenza del 18 maggio 2021; *S.-H. c. Polonia*, ricorsi n. 56846/15 e 56849/15, sentenza del 16 novembre 2021; *A.L. c. Francia*, ricorso n. 13344/20, sentenza del 7 aprile 2022; *D.B. e altri c. Svizzera*, ricorsi n. 58817/15 e 58252/15, sentenza del 22 novembre 2022; *K.K. e altri c. Danimarca*, ricorso n. 25212/21, sentenza del 6 dicembre 2022; *C. c. Italia*, ricorso n. 47196/21, sentenza del 31 agosto 2023.

¹³⁹ Per un'analisi del caso citato si rinvia a: M. M. GIUNGI, *Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, in "Il Mulino, Rivisteweb", Quaderni costituzionali, n. 4, 2014, pp. 953-956; T. TRINCERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", n. 1, 2015, pp. 425- 427; PULITANÒ D., *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici [Nota a sentenze] Maternità surrogata all'estero e alterazione di stato – Sez. VI, 11/10/2016 n. 48696, cit., pp. 1358-1373.*

assistita. Pertanto, entrambe le coppie si recano negli Stati Uniti, rispettivamente in California e in Minnesota, dove sottoscrivono un contratto di maternità surrogata nel quale si prevede la donazione del gamete femminile da parte di una donna terza rispetto alla coppia, mentre il gamete maschile è fornito dai due coniugi Mennesson e Labesson. A seguito di questa pratica nascono due gemelle per i signori Mennesson e una bambina per i signori Labessen; alle coppie viene rilasciato un certificato di nascita americano nel quale si riconoscono i genitori intenzionali come madre e padre delle rispettive neonate. Le due coppie chiedono al consolato francese la trascrizione dei rispettivi certificati di nascita nei registri di stato civile e il passaporto, ma questi gli vengono rifiutati perché le autorità francesi nutrono il sospetto che le due coppie abbiano fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero, eludendo il diritto francese per il quale essa si configura come una pratica illegale. Le coppie riescono comunque a tornare in Francia con le proprie bambine grazie ai passaporti rilasciati loro dallo Stato americano, in cui si attesta che le figlie, di nazionalità americana, sono figlie dei rispettivi genitori, di nazionalità francese, e decidono di sottoporre il caso alle corti francesi. Il 6 aprile 2011, dopo avere presentato ricorso alla Corte di Cassazione in riferimento all'art. 3, § 1 della Convenzione dei diritti del fanciullo e all'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, i ricorrenti si vedono definitivamente respingere la richiesta di trascrizione nei registri di stato civile del certificato di nascita delle bambine. Entrambe le coppie in proprio e in nome e per conto delle figlie ricorrono alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione da parte dello Stato francese degli artt. 8 e 14 CEDU. In riferimento all'art. 8, i ricorrenti ritengono che la negata trascrizione degli atti contrasti il *best interest* delle bambine che non si vedono riconosciuta in Francia la relazione genitoriale, altrimenti legalmente riconosciuta all'estero; quanto all'art. 14 (divieto di discriminazione) letto in combinato disposto con l'art. 8, i ricorrenti sostengono che le bambine si troverebbero in una situazione svantaggiosa rispetto ad altri bambini, perché private della possibilità di godere pienamente del diritto al rispetto della propria vita familiare.

In prima battuta, la Corte riconosce la legittimità della legislazione francese, che nega la trascrizione degli atti di stato civile nei casi di surrogazione di maternità, perché il rifiuto da parte dello Stato francese di riconoscere un rapporto giuridico tra i figli nati all'estero da maternità surrogata e i genitori sociali, nasce dalla volontà di scoraggiare i propri cittadini ad utilizzare, al di fuori del proprio Paese, un metodo di procreazione vietato sul territorio nazionale. Pertanto, in questo caso, l'interferenza dello Stato nella vita familiare dei propri consociati viene vista come «adeguata», in quanto volta a perseguire scopi legittimi conformemente al dettato del comma 2 dell'art. 8 CEDU. In un secondo momento, la Corte verifica se l'interferenza al godimento del diritto di cui all'art. 8 costituisca una misura necessaria in una società democratica. Non riscontrando consenso in Europa, né circa la legittimità di una pratica come la surrogazione di maternità, né circa il riconoscimento giuridico della parentela tra gli aspiranti genitori e figli ottenuti attraverso tale pratica in Paesi in cui essa è consentita, la Corte valuta se, nel caso di specie, è stato operato un corretto bilanciamento degli interessi in gioco: della comunità da un lato e dei ricorrenti dall'altro, rimarcando l'importanza che il *best interest of the child* deve avere in tale valutazione. La Corte valuta separatamente le posizioni giuridiche dei genitori e delle figlie chiedendosi, da una parte, se ci sia stata una violazione del diritto dei primi al rispetto della loro vita familiare e, dall'altra, se ci sia stata una violazione del diritto delle figlie al rispetto della loro vita privata. A prima lettura, tale scelta non appare interamente lineare, dato che comunemente il rapporto genitori-figli dà luogo ad una relazione all'interno della quale l'identità del bambino è in parte definita proprio dal suo «discendere», quindi essere «figlio» di determinati genitori. E tuttavia, è proprio questa scissione che consente alla Corte da un lato di rispettare le scelte francesi e, dall'altro, di non sottovalutare l'esistenza di un vincolo biologico con almeno uno dei genitori sociali (a scapito della madre sociale) affinché venga rispettato l'interesse dei bambini al godimento dello stato giuridico di figli secondo il diritto nazionale del genitore stesso. In relazione ai genitori, la Corte dapprima richiama quanto il Consiglio di Stato ha affermato nella propria relazione del 2009, e

asserisce che senza la trascrizione la vita di queste famiglie è più complicata, poi però specifica che nel caso di specie i ricorrenti non hanno dato prova di aver affrontato difficoltà insormontabili nel vivere la propria vita familiare, sfide che abbiano ostacolato il loro pieno godimento del diritto al rispetto della stessa. I ricorrenti, infatti, sono stati tutti in grado di stabilirsi in Francia poco dopo la nascita delle figlie, e sono stati in grado di condurre una vita insieme, paragonabile a quella di molte altre famiglie. Pertanto, la Corte ritiene che lo Stato francese abbia operato un giusto bilanciamento degli interessi in gioco e, almeno per quanto riguarda il rispetto della vita familiare dei genitori sociali, non ritiene vi sia alcuna violazione dell'art. 8. Infatti, la protezione offerta dall'art. 8 CEDU non ha carattere assoluto, un'ingerenza statale nel godimento del diritto alla protezione della vita familiare e privata può essere giustificata, in base al secondo paragrafo dello stesso art. 8, se legislativamente prevista, se necessaria per il raggiungimento di uno o più scopi legittimi, e se: «Necessaria in una società democratica» per il raggiungimento di tali scopi¹⁴⁰. Nel caso di specie, i giudici hanno ritenuto che l'ingerenza fosse prevista dalla legge, e che perseguisse uno scopo legittimo, ossia: scoraggiare i cittadini francesi dal ricorrere, al di fuori del territorio nazionale, a un metodo di procreazione vietato in Francia, per tutelare i minori e la donna che offre il proprio utero per la gestazione. Dopodiché, la Corte ha analizzato la possibile violazione degli interessi dei figli, poiché gli effetti del mancato riconoscimento del rapporto di parentela non rimangono confinati alla sfera giuridica dei genitori, ma si estendono anche alla sfera giuridica dei minori, e questa volta lo fa focalizzandosi sul tema del diritto alla propria identità, come elemento del diritto al rispetto della vita privata. Un diritto che la Corte legge come personalissimo, svincolato dai legami naturali e giuridici che lo costituiscono,

¹⁴⁰ A proposito dell'art. 8 CEDU si rimanda alla *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, predisposta dal Registro della Corte, rinvenibile online all'indirizzo www.echr.coe.int (ultimo accesso: 19/08/2025).

Si vedano inoltre: S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Milano, 2012; W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2015.; M. E. VILLIGER, *Handbook on the European Convention on Human Rights*, Brill, Leiden, 2023.

diversamente da quanto affermato al momento della valutazione dell'ammissibilità del ricorso, sostenendo che la vita privata coincide senz'altro con l'identità fisica, ma anche con quella sociale, dell'individuo. In questo modo, i giudici mettono in luce come i bambini si troverebbero in una situazione di incertezza giuridica a causa del mancato riconoscimento da parte dello Stato francese del loro stato civile, compromettendo la determinazione della propria identità. Essi, infatti, risulterebbero figli dei genitori committenti nel Paese in cui sono nati, ma la stessa qualifica non gli sarebbe riconosciuta nel Paese in cui risiedono. Nel dettagliare tale affermazione la Corte identifica tre aspetti costitutivi dell'identità di un individuo, di cui i bambini sarebbero stati privati: la cittadinanza, i diritti successori (sia rispetto alla madre sociale, che al padre e sociale e biologico), e il legame di paternità con i rispettivi padri biologici. Dunque, dopo aver negato la compromissione della vita familiare dei genitori, i giudici ricostruiscono la medesima fattispecie come lesiva a partire dal diritto all'identità personale e alla *privacy* dei bambini. Infatti, la Corte osserva che il diritto al rispetto della vita privata include la possibilità da parte di ognuno di definire i contenuti essenziali della propria identità, compresi i rapporti familiari. Quindi non consentendo il riconoscimento e l'instaurazione di un rapporto giuridico di parentela tra bambini nati da madre surrogata e il loro padre biologico, lo Stato francese ha oltrepassato i margini di apprezzamento consentiti.

Tenuto conto dell'importanza che ha l'interesse del bambino nel bilanciamento degli interessi in conflitto, la Corte conclude che sia stato violato il diritto dei minori al rispetto della propria vita privata. In tal modo la sentenza si pone come risolutiva di un dilemma che, tuttavia, permane. È problematico concedere ad un soggetto debole tutta la tutela che merita in quanto figlio di padre francese, ma non di madre, senza depotenziare l'obbligo, che grava su tutti i cittadini, di rispettare la legge del proprio paese e i divieti ad essa connessi. La Corte in nome dell'interesse dei minori rende forse inefficace quell'unico fattore che potrebbe scoraggiare i cittadini francesi dal ricorrere alla maternità surrogata

all'estero, cioè l'impossibilità di conferire ai figli così ottenuti la propria cittadinanza.

Sicuramente la presenza di almeno un genitore biologico e lo Stato in cui la surrogazione ha avuto luogo hanno avuto un peso nella decisione della Corte; tuttavia, la vera problematica alla radice di questi ricorsi non viene risolta, poiché non vengono tenute in considerazione le numerosissime questioni di natura etica connaturate alla pratica della maternità surrogata, di fatto più urgenti di quanto non lo siano le istanze esclusivamente giuridiche, relative alla trascrizione di atti compiuti all'estero. Si tratta di temi e problemi di alto tenore, basti pensare allo sfruttamento del corpo femminile, o al traffico di esseri umani, che non vanno dimenticate nella tensione dell'ordinamento a dare voce e veste a stati di fatto creatisi in nome di un presunto diritto a diventare genitori.

Parzialmente differente è il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*¹⁴¹, in quanto, per la prima volta in assoluto, i giudici di Strasburgo si trovano a dover giudicare sulla maternità surrogata per sola gestazione totalmente eterologa e, dunque, in assenza di legame biologico tra i genitori d'intenzione e il nato. La vicenda che coinvolge la coppia italiana è tuttavia analoga a quella delle coppie francesi: la Sig.ra Paradiso e il Sig. Campanelli, dopo diversi tentativi, fallimentari, di fecondazione in vitro in Italia, avevano presentato domanda per l'adozione di un minore. Nonostante avessero ottenuto l'autorizzazione ad adottare, nessun figlio in adozione era giunto. Quindi, i coniugi in età ormai avanzata si erano recati all'estero per ricorrere alla surrogazione di maternità, impraticabile in Italia perché sanzionata penalmente. A tal fine, i coniugi si erano rivolti ad una clinica di Mosca,

¹⁴¹ Per l'analisi del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* si rinvia a: O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in "Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre, 2015)", vol. 7, n. 2, pp. 420-439; T. TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, cit., pp. 433-434; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, cit., pp. 202-205; L. LENTI, *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in "Quaderni costituzionali", n. 2, 2015, pp. 472-475.

con la quale avevano concluso un contratto di surrogazione di maternità commerciale, in conformità al diritto russo applicabile in materia di maternità surrogata. Nel rispetto della legislazione russa, si era fatto ricorso ad una surrogazione eterologa, per cui si era proceduto ad una fecondazione in vitro, attuata attraverso il liquido seminale del Sig. Campanelli e l'ovocita di una donatrice anonima, dopodiché gli embrioni formati erano stati impiantati nell'utero della madre surrogata, che quindi era esclusivamente madre gestazionale, priva di legame genetico col futuro figlio dei coniugi committenti. La madre surrogata aveva quindi portato a termine la gravidanza, dietro pagamento di un corrispettivo, ed al momento nella nascita del bambino aveva rinunciato a qualsiasi pretesa potesse vantare sul bambino, acconsentendo alla registrazione dello stesso nei documenti di nascita russi come figlio della coppia italiana. Nella traduzione italiana allegata alla dichiarazione di volontà della donna si precisava che entrambi i coniugi Campanelli erano genitori biologici del figlio così nato; il certificato di nascita russo non menzionava il ricorso alla maternità surrogata. Quindi, dopo aver ottenuto i documenti necessari, i ricorrenti facevano ritorno in Italia con il neonato, del quale richiedevano agli ufficiali di stato civile del comune di residenza la trascrizione del certificato di nascita. Ma la trascrizione veniva negata, perché contraria all'ordine pubblico. Qualche giorno più tardi, il consolato italiano di Mosca aveva comunicato alle autorità italiane competenti che il fascicolo relativo alla nascita del figlio dei Campanelli conteneva dati falsi, siccome i coniugi avevano simulato una filiazione naturale. Pertanto era stato aperto un procedimento penale a carico dei signori Campanelli, nella specie venivano accusati dei reati di "alterazione di stato" ex art. 567 c.p. e "falso" ex artt. 489 e 479 c.p., nonché di violazione dell'art. 72 della legge italiana sull'adozione internazionale, ossia la l. n. 184/1983. A seguito di tutto questo, il Tribunale per i minorenni di Campobasso aveva disposto l'apertura di una procedura per l'adozione del neonato, considerato in stato di abbandono ai sensi della legge italiana sull'adozione; contestualmente era stato nominato un curatore speciale, in conformità della l. n. 184/1983.

In seguito, il Tribunale per i minorenni di Campobasso aveva accertato, con un test del DNA, che il Sig. Campanelli non era il padre genetico del bambino, a causa di un errore della clinica moscovita, che, dunque, era stato concepito attraverso una fecondazione doppiamente eterologa, con gameti provenienti da donatori anonimi. Pertanto, il Tribunale aveva ritenuto che il minore non beneficiasse di un ambiente familiare adeguato, e ritenne di collocare il bambino prima in una casa famiglia, e poi in una famiglia di accoglienza. Due anni più tardi il Tribunale rilasciava un nuovo certificato di nascita, in cui risultava che il bambino fosse nato a Mosca da genitori ignoti.

Contemporaneamente, l'ufficiale di stato civile del luogo di residenza dei coniugi Campanelli aveva rifiutato di trascrivere l'atto di nascita redatto in Russia, per contrarietà all'art. 18 del D.P.R. n. 396/2000.

I coniugi Campanelli si erano così rivolti alla Corte di Strasburgo, promuovendo due ricorsi distinti, uno a nome proprio e uno a nome del figlio, con i quali lamentavano la violazione dell'art. 8 CEDU da parte dello Stato italiano, per via del rifiuto da parte delle autorità italiane a riconoscere gli effetti del rapporto di filiazione costituito all'estero, nonché della decisione di sottrarre il minore alle loro cure.

Nel rigettare il ricorso proposto dai coniugi Campanelli a nome del figlio, la Corte evidenziava il fatto che i coniugi non erano i genitori genetici del bambino, e che egli era stato posto sotto tutela e rappresentato da un tutore nei procedimenti giudiziari interni. Peraltro, i ricorrenti non potevano rivendicare alcun diritto di adozione nei confronti del bambino, perché era già assegnato in affido, temporaneamente, ad un'altra famiglia in vista della sua successiva adozione. Per ultimo, il bambino aveva ormai ottenuto una nuova identità e un nuovo certificato di nascita.

Rispetto ai ricorsi promossi in nome proprio dai coniugi Campanelli, la Corte ha dichiarato irricevibile la domanda riguardante il rifiuto opposto dalle autorità italiane di trascrivere il certificato di nascita del bambino, poiché i ricorrenti non avevano esaurito tutti i rimedi interni. Invece, circa la seconda

doglianza la Corte riteneva che la decisione delle autorità italiane di allontanare il minore dai genitori committenti costituisse una violazione dell'art. 8 CEDU¹⁴². In particolare, la Corte ha valutato se l'allontanamento del minore dalla famiglia costituisse un'ingerenza legittima in base a quanto stabilito dal secondo paragrafo dell'art. 8 CEDU, che stabilisce che le limitazioni dei diritti di cui si pone a tutela nel primo paragrafo sono ammissibili solo se integrano un'ingerenza prevista dalla legge, volta a perseguire un fine legittimo e necessaria in una società democratica.

Per la Corte di Strasburgo, nel caso di specie, le misure adottate nei confronti del bambino avevano fatto sì che questi rimanesse senza identità per due anni; metteva inoltre in luce il fatto che i ricorrenti qualche anno prima erano stati dichiarati idonei ad adottare, e poi ritenuti incapaci di educare ed amare un figlio poiché avevano aggirato la legge sull'adozione, senza che fosse stata disposta una perizia al riguardo da parte del tribunale. Quindi la Corte ha ritenuto che le autorità italiane non avessero garantito un equilibrio tra gli interessi in gioco, pertanto l'allontanamento del minore costituiva un'ingerenza illegittima, vietata appunto dall'art. 8 CEDU¹⁴³.

Con questa vicenda, per la Corte, si pone un problema del tutto nuovo ai fini dell'accertamento del rapporto di filiazione, ossia l'assenza di un legame genetico tra i genitori d'intenzione e il figlio venuto al mondo grazie al ricorso alla maternità surrogata. Proprio la mancanza del suddetto legame genetico avrebbe potuto incidere in due direzioni: nell'ambito della qualificazione della fattispecie concreta come "famiglia di fatto" ex art. 8 CEDU, insieme al profilo dell'illiceità della condotta dei ricorrenti nei confronti dell'ordinamento italiano, nonché sul principio per cui è d'obbligo riconoscere lo *status* familiare costituito all'estero a seguito della maternità surrogata, come pronunciato nelle sentenze gemelle *Mennesson e Labassee c. Francia*.

¹⁴² L'art. 8 era stato ritenuto applicabile al caso di specie perché le relazioni familiari in questione costituivano dei rapporti familiari di fatto rilevanti ai fini della disposizione convenzionale. Infatti la nozione di «famiglia» di cui all'art. 8 non si limita alle relazioni basate sul matrimonio, ma può comprendere legami «familiari» di fatto, quando le parti convivono in assenza di qualsivoglia legame coniugale, e si tratta di una relazione sufficientemente costante.

¹⁴³ Tuttavia, la Corte si è limitata a riconoscere ai coniugi Campanelli un indennizzo pecuniario.

Per quanto riguarda la qualificazione della fattispecie concreta come “famiglia di fatto”, e dunque l’applicabilità dell’art. 8 CEDU, i giudici arrivano ad affermare attraverso un lungo percorso argomentativo che, nonostante la buona fede dei coniugi Campanelli, l’assenza di un legame genetico tra i genitori d’intenzione e il bambino nato da maternità surrogata, fa sì che si configuri un aggiramento della normativa internazionale sull’adozione. Inoltre, il concetto, comunque ampio, di “vita familiare” non può estendersi al punto di ricomprendervi la situazione di fatto. Questa conclusione è coerente con quanto previsto dall’ordinamento italiano, per cui l’unica forma di genitorialità ammissibile, al di fuori del legame biologico, è riconducibile all’istituto dell’adozione.

Per quanto attiene al riconoscimento del rapporto di filiazione, il nodo nasceva, come già detto, dalla totale assenza del legame genetico tra il figlio e i genitori d’intenzione; assenza che avrebbe potuto incidere sulla compatibilità del rifiuto a trascrivere il certificato di nascita straniero, emesso a seguito della pratica della maternità surrogata, con l’art. 8 CEDU. Si sollevavano infatti dei dubbi sull’ampiezza degli obblighi di tutela imposti dall’art. 8 CEDU. Ma anche dopo la presente sentenza rimane dubbia la conformità del diniego opposto alla Convenzione, che tutela la vita privata e familiare.

C’è un ulteriore profilo di interesse che riguarda la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ed è la rilevanza attribuita al principio del *best interest of the child* dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nel momento in cui ha verificato la legittimità delle interferenze previste dalla clausola di limitazione di cui al paragrafo 2, art. 8 CEDU¹⁴⁴.

Innanzitutto, non è chiaro fin dove possa spingersi la valorizzazione dell’interesse superiore del minore e la conseguente compressione del margine di

¹⁴⁴ Art. 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare CEDU:

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua 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 per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell’ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

apprezzamento statale in un contesto delicato quale è quello della surrogazione di maternità. Ovviamente la preminenza del superiore interesse del minore, controlimite all'ordine pubblico, non può tradursi nel completo e automatico superamento del limite dell'ordine pubblico, perché quello che va ricercato è proprio un equilibrio tra le diverse componenti interne dello stesso ordine pubblico. Infatti, liquidando l'ordine pubblico come se fosse una «*carta bianca*», ciò ha portato ad una discutibile contrapposizione fra tale limite e il principio del *best interest of the child*, che ha prodotto solo sconfitti, poiché i coniugi Campanelli hanno dovuto abbandonare il proprio progetto di genitorialità, e il bambino al centro della vicenda si è visto trasferire da una famiglia all'altra, rimanendo privo di un'identità per due anni.

Nella presente sentenza, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicata sproporzionata l'ingerenza data dalla misura dell'allontanamento del minore, che per via del provvedimento è rimasto privo di identità per due anni.

In secondo luogo, non è chiaro come la Corte di Strasburgo voglia garantire il raggiungimento del giusto equilibrio tra gli interessi in gioco. Questo apprezzamento può essere operato, e poi assicurato, solo in concreto, con il rischio che la Corte di Strasburgo travalichi i confini dei poteri attribuitele dalla CEDU, sostituendo la propria valutazione a quelle dei giudici nazionali, violando così il principio di sussidiarietà.

E in effetti, nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, la Corte di Strasburgo sembra imporre la propria valutazione dei fatti di causa, senza prestare molta attenzione agli argomenti avanzati dalle autorità nazionali.

Non da ultimo, sembra vi sia una incongruenza interna all'apprezzamento condotto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo attorno al principio del superiore interesse del minore, perché dapprima essa ha dichiarato che fosse contraria all'interesse del minore la separazione dalla sua famiglia di intenzione, e subito dopo ha precisato che il suo ricongiungimento con quella stessa famiglia non era più nel suo superiore interesse, poiché ormai aveva instaurato legami affettivi e sociali con la famiglia di accoglienza.

Ricapitolando brevemente, i casi in esame affrontano il profilo dell'identità personale del minore nato da maternità surrogata, declinando in maniera innovativa il superiore interesse del minore e il tema della trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata. Nei casi *Mennesson e Labassee*, la Corte di Strasburgo appare orientata a tutelare il diritto dei minori nati da maternità surrogata a vedere riconosciuto il loro legame di filiazione, in ragione del fatto che il rispetto della vita privata esige che ognuno possa stabilire i dettagli della propria identità come essere umano. Nei casi in commento, è significativo che la Corte precisi che l'art. 8 CEDU trova applicazione soprattutto con riguardo alla protezione dell'identità personale; non viene in rilievo la vita familiare che le minori coinvolte nei casi in questione vedono, di fatto, limitata dalla mancata registrazione degli atti di nascita nei registri dello stato civile. Tuttavia, la Corte ritiene tali limiti compatibili con il margine di apprezzamento lasciato agli Stati nei casi in cui, come in quest'ultimi, non vi sia uniforme disciplina della maternità surrogata negli Stati aderenti alla CEDU.

Sicuramente garantire il superiore interesse del minore in questa materia è difficoltoso per via delle stesse caratteristiche della maternità surrogata. Per questo, occorre che l'accordo di surrogazione venga valutato alla luce sia della prospettiva dei genitori intenzionali, che del minore.

Quanto al profilo dell'identità personale, la Corte esamina approfonditamente tale aspetto, considerando che una componente essenziale dell'identità degli individui è in gioco quando si tocca la filiazione. Con le sentenze *Mennesson e Labassee*, la Corte Europea chiarisce che anche nei casi di atti di nascita derivanti da maternità surrogata l'interesse al rispetto dell'identità personale può valere come controlimite al principio di ordine pubblico.

Nella sentenza *Paradiso e Campanelli*, non è centrale l'aspetto della trascrivibilità degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata. Nella sentenza, infatti, il valore dell'ordine pubblico, come limite al riconoscimento degli atti stranieri di nascita derivante da maternità surrogata, non viene analizzato in tutti i profili concernenti la sua legittimità, perché la Corte ritiene che nel caso di specie

non ricorra l'esaurimento dei ricorsi interni (poiché non è stato presentato ricorso in Cassazione contro la decisione della Corte d'appello di Campobasso da parte dei coniugi Campanelli). È, tuttavia, significativo che la Corte ritenga che il richiamo dello stesso non possa giustificare eventuali violazioni dell'art. 8 CEDU.

Invece, nella decisione in questione, rilevano in maniera particolarmente significativa gli aspetti dell'interesse del minore e della tutela dell'identità personale dello stesso. Da un lato, la Corte si sofferma sulla valutazione dell'allontanamento del minore dagli aspiranti genitori, disposto dai giudici italiani, ribadendo la rilevanza dei legami familiari di fatto nell'ambito delle tutele disposte dall'art. 8, nel caso specifico violato nei confronti dei coniugi Campanelli. Dall'altro, la Corte sottolinea particolarmente il diritto del minore al riconoscimento della propria identità, in questa circostanza fortemente compromesso dal fatto di essere lo stesso privo di identità per più di due anni, con conseguenze molto gravi in termini di cittadinanza, e di diritto al nome, di importanza fondamentale per l'identità dell'individuo.

Dunque, con questa sentenza la Corte conferma l'orientamento volto a considerare i legami familiari di fatto oggetto delle garanzie disposte dall'art. 8 CEDU, nel rispetto del principio del *best interest of the child*¹⁴⁵.

In conclusione, si può affermare che per la Corte di Strasburgo l'ordine pubblico non è una «*charte blanche*», e il superiore interesse del minore sta assumendo un ambito sempre più definito dalla sua giurisprudenza, in maniera autonoma rispetto all'interesse collettivo alla certezza dei vincoli familiari.

Quanto emerge è un quadro di rapporti tra maternità surrogata e Convenzione europea dei diritti dell'uomo incerto e lacunoso. Rimangono dei dubbi sulle conseguenze del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione e sulle tecniche alternative per il suo accertamento in questo contesto, nonché sulla compatibilità di queste ultime con la CEDU. Ci si chiede, inoltre, se la nuova fattispecie di reato

¹⁴⁵ Anche se nel caso di specie la Corte non ha ritenuto di obbligare le autorità italiane a revocare il provvedimento col quale affidavano il bambino alla, appunto, famiglia affidataria, per via dei legami affettivi sviluppati nel frattempo dal bambino con essa.

attenti, direttamente o indirettamente, al rispetto del diritto garantito dall'art. 8 CEDU. Le proiezioni della nuova fattispecie penale in termini di violazione dell'art. 8 CEDU possono riguardare in particolare tre profili: la salvaguardia dei diritti riproduttivi dei genitori, la protezione del diritto del bambino al rispetto della vita privata e la tutela dei diritti dei componenti della famiglia (genitori e bambino) al rispetto della vita familiare.

Con riguardo ai diritti riproduttivi dei genitori intenzionali la Corte europea da tempo afferma che: «‘Private life’, which is a broad term encompassing, *inter alia*, aspects of an individual’s physical and social identity (...), incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent»¹⁴⁶. Tuttavia, le modalità prescelte per attuare la decisione, legittima, di diventare genitore non sono indifferenti e, a seconda dei divergenti o confliggenti interessi, pubblici e privati, coinvolti, all’interno del perimetro del proprio margine di apprezzamento gli Stati possono adottare legislazioni limitative, precisamente quando ad essere chiamate in gioco siano tecniche di PMA che non raggiungano il *consensus* degli Stati parte. A tal riguardo, la Corte ha chiarito a partire dai precedenti *Mennesson e Labassee* che non esiste un diritto del singolo o della coppia a realizzare il proprio progetto genitoriale attraverso la GPA. Nel quadro sì delineato ci si chiede se si possa lamentare una violazione dell'art. 8 CEDU per quanto attiene alla vita privata dei genitori, per il fatto che il loro progetto genitoriale è stato criminalizzato dallo Stato italiano per il disvalore penale della GPA, anche laddove compiuta all'estero in Stati che la ritengono lecita: si può infatti sostenere, quanto meno in prima istanza, che l'Italia abbia agito nell'ambito del suo margine di apprezzamento. Tuttavia, si potrebbe valutare negativamente la legislazione italiana rispetto all'art. 8 CEDU, qualora si accedesse ad una interpretazione sistematica della disposizione nel quadro del diritto internazionale

¹⁴⁶ Corte europea dei diritti umani, *Evans c. Regno Unito* [GC], ricorso n. 6339/05, sentenza del 10 aprile 2007, par. 71. Nella giurisprudenza della Corte europea, fino a questo momento almeno, i diritti riproduttivi non sono stati riconosciuti, se non nel caso di filiazione naturale della coppia, ai sensi dell'art. 12 CEDU; J. J. FAWCETT, M. N. SHÜLLEABHÀIN, S. SHAH, *Human Rights and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 782

generale, e si giudicasse non conforme a ciò la penalizzazione con effetti extraterritoriali¹⁴⁷.

Invece, in merito al rispetto della vita privata e familiare del minore ex art. 8, par. 2 CEDU, è cruciale per l'apprezzamento di possibili violazioni della disposizione, sia con riferimento alla vita privata del bambino, che della vita familiare dei componenti il nucleo familiare, a fronte dei principi interpretativi elaborati dalla Corte di Strasburgo sul punto¹⁴⁸, tenere a mente che è stata elaborata una misura legislativa penale che rende la scelta di far venire al mondo un bambino la causa della responsabilità penale dei genitori dello stesso, anche qualora la scelta sia stata attuata nel rispetto del diritto dello Stato di nascita del bambino in questione.

Per terminare di verificare la compatibilità della punibilità della GPA extraterritoriale introdotta con la legge n. 169/2024 con l'art. 8 CEDU, bisogna verificare se integri i requisiti predisposti dall'art. 8 stesso.

Combinando la consolidata giurisprudenza della CEDU sui requisiti di compatibilità di un'interferenza statale ai sensi dell'art. 8, par. 2, della Convenzione e i principi generali relativi alla responsabilità da atto illecito dello Stato, anche con specifico riferimento alle violazioni di diritti umani convenzionali, è possibile proporre delle conclusioni sul punto della liceità della nuova fattispecie penale italiana con l'art. 8 CEDU. Si potrebbe sostenere, da un lato, l'inesistenza di violazioni del diritto alla vita privata del bambino e alla vita familiare di genitori e figli nati da GPA all'estero (nell'ipotesi di procedimento penale avviato contro i genitori, in Italia e secondo la legge italiana), ove si continui a sostenere che, anche in questo caso, i legami familiari del bambino, parte della sua identità, vanno comunque rispettati e, mediante l'istituto dell'adozione in casi speciali, si garantisca comunque la costituzione dello *status filiationis* con

¹⁴⁷ E. SAVARESE, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, cit., p. 88.

¹⁴⁸ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 304 ss.; W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 401 ss.; M. E. VILLIGER, *Handbook on the European Convention on Human Rights*, cit., p. 430 ss.

il/i genitore/genitori d'intenzione. Dall'altro lato, potrebbe sostenersi una conclusione del tutto differente, a patto che si prediliga un approccio meno formale e più aderente alle effettive circostanze di vita¹⁴⁹.

I sistemi normativi che vietano ogni forma di GPA sono costretti in una situazione di grave e insanabile disarmonia, derivante dalla scissione in due componenti astratte (la condotta dei genitori, da un lato, e lo *status* di figlio, dall'altro) di una unitaria realtà esistenziale, che è tale perché realizza un progetto genitoriale e riverbera i propri effetti, in termini di esigenza di tutela, sugli aspetti, inestricabili, della vita privata e familiare. Questa disarmonia costringe a punire, da un lato, e a riconoscere piena tutela giuridica, dall'altro e, in prospettiva, aggrava tutto il sistema, in tutte le sue propagazioni, di un'incoerenza capace di creare continue tensioni. Ed è precisamente questa disarmonia che crea un senso di endemica incertezza giuridica a danno delle persone interessate dalla vicenda della nascita di figli con GPA: già questo mina alle radici l'aspirazione a un sereno godimento dei diritti garantiti dall'art. 8 CEDU. Tale incoerenza viene oggi aggravata dall'estensione del perimetro di rilevanza penale ai fatti di GPA condotti all'estero: ogni procedimento giudiziale volto a garantire la componente 'buona' (la continuità dello *status* di figlio) è potenzialmente in grado di attivare la criminalizzazione dei ricorrenti (la componente 'cattiva'). In altre parole, lo stesso avvio del procedimento previsto attualmente dal diritto italiano quale strumento di tutela dello *status* di figlio, quindi l'adozione in casi speciali, coinciderebbe con una confessione della fattispecie di reato commessa all'estero. Pertanto, sembra difficile escludere che la stessa introduzione della nuova fattispecie penale di divieto di GPA con effetti extraterritoriali, senza al contempo legiferare in alcun

¹⁴⁹ Ai fini di questo discorso si consigliano M. E. VILLIGER, *Handbook on the European Convention on Human Rights*, cit.; J. J. FAWCETT, M. N. SHÜLLEABHAIN, S. SHAH, *Human Rights and Private International Law*, cit.; *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries*, 2001, sub. art. 12, par. 12, rinvenibile online al sito https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (ultimo accesso: 19/08/2025).

A livello giurisprudenziale si segnalano i casi della Corte europea dei diritti umani *Smith et al. c. Regno Unito*, ricorsi n. 33958 e 33986 del 1996, sentenza del 27 settembre 1999; *Gawlik c. Liechtenstein*, ricorso n. 23922/19, sentenza del 16 febbraio 2021; *Bédat c. Svizzera* [GC], ricorso n. 56925/08, sentenza del 29 marzo 2016; *Haldimann et al. c. Svizzera*, ricorso n. 21830/09, sentenza del 24 febbraio 2015.

modo sullo *status* dei figli, configuri un'interferenza non proporzionata, in quanto non necessaria in una società democratica, nella vita familiare dei genitori, e nella vita privata e familiare del figlio. Infatti, il concetto di interferenza imposta da un bisogno sociale stringente deve essere apprezzato all'interno di una società democratica, ontologicamente aperta alla convivenza di punti di vista disparati. A tal proposito, il fatto che la GPA in alcuni Paesi non solo sia tollerata, ma per l'aggiunta disciplinata poiché potenzialmente portatrice di valori positivi nella vita delle persone, implica che l'estensione del divieto penale anche ai fatti commessi dai propri cittadini in quei determinati Paesi, acquista il peso di un'interferenza completamente arbitraria e irragionevole; assurge a manifestazione di volontà di potenza nella determinazione degli assetti valoriali di un ordinamento giuridico altro, che ha poco da spartire con il necessario relativismo normativo di una società retta da un ordine democratico¹⁵⁰.

¹⁵⁰ E. SAVARESE, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, cit., pp. 90-92.

Capitolo Terzo

LA MATERNITÀ SURROGATA COME REATO UNIVERSALE.

VENT'ANNI DOPO LA LEGGE N.40/2004

SOMMARIO: 1. Maternità surrogata come reato universale: la proposta di legge e l'iter legislativo della legge n. 169/2024. - 2. L'applicazione della legge penale nello spazio: la pretesa di universalità rispetto al reato di maternità surrogata. - 3. Considerazioni critiche: l'uso simbolico del diritto penale nella legge n. 169/2024.

1. Maternità surrogata come reato universale: la proposta di legge e l'iter legislativo della legge n. 169/2024.

Il Parlamento italiano ha discusso, per circa un anno, sulla proposta di legge identificata come A. C. n. 887, presentata il 15 febbraio 2023 su iniziativa dell'on. Maria Carolina Varchi e altri deputati, che mirava a modificare l'art. 12, c. 6, della legge n. 40/2004, in particolare la parte che si riferiva alla maternità surrogata.

Il disegno di legge è stato assegnato alla II Commissione Giustizia della Camera in sede referente il 3 marzo 2023. L'esame in Commissione è iniziato il 23 marzo 2023 e si è concluso il 15 giugno 2023. Durante l'*iter*, il testo è stato abbinato alle proposte di legge C. 342 e C. 1026¹⁵¹.

La discussione in Assemblea è iniziata il 19 giugno 2023 e si è conclusa il 26 luglio 2023 con l'approvazione del testo da parte della Camera dei Deputati. Il disegno di legge è stato quindi trasmesso al Senato, dove ha assunto il numero S. 824 ed è stato esaminato dalla Commissione Giustizia. Il testo che ha assorbito i disegni di legge S. 163, S. 245 e S. 475, ed è stato successivamente approvato, recita come segue:

«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».

¹⁵¹ La proposta, infatti, è stata discussa alla Camera dei deputati congiuntamente con le proposte di legge C.342 e C.1026, basate sull'adozione incondizionata del criterio della personalità attiva.

La novella è stata definitivamente approvata senza ulteriori emendamenti dal Senato in data 16 ottobre 2024, con 84 voti favorevoli, 58 contrari e nessun astenuto.

Nonostante il disegno di legge sia stato in definitiva approvato senza alcuna sostanziale modifica, l'introduzione della clausola di punibilità della surrogazione di maternità realizzata all'estero, attraverso la previsione del criterio della personalità attiva, è stata accolta con forti perplessità, anche da parte di giuriste e giuristi scettici rispetto alla GPA, e anche da coloro che hanno sempre manifestato posizioni apertamente contrarie. Tant'è che durante le audizioni svolte davanti alle Commissioni Giustizia della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica è emersa apertamente la preoccupazione dell'impatto che avrebbe avuto l'innovazione legislativa in esame sulla condizione delle e dei minori¹⁵².

Favorevoli e contrari si sono trovati allo stesso fronte nell'evidenziare le fortissime criticità tecniche derivanti dall'introduzione di una clausola di punibilità della surrogazione realizzata all'estero; criticità attinenti alla compatibilità tra la scelta legislativa e i principi che presiedono le scelte di politica criminale, i profili di legittimità costituzionale e i rischi di tenuta delle tutele predisposte per le persone nate da GPA. L'attuale conformazione del testo licenziato, infatti, sembra rispondere ad un intento che poteva essere compatibile con il codice Rocco, ma che mal si concilia con i principi di legalità penale, di colpevolezza, nonché di proporzionalità e ragionevolezza delle scelte incriminatrici.

A ben vedere, le riflessioni che si sono sviluppate attorno ai potenziali profili di illegittimità della clausola così introdotta, riguardano i limiti della discrezionalità politica in una materia, ossia quella penalistica, in cui l'intreccio complesso tra la legittimità intrinseca delle scelte di criminalizzazione e la

¹⁵² A. SCHILLACI, *Gestazione per altri, relazioni tra ordinamenti e ragionevolezza: il diritto penale italiano come misura del mondo?*, in "Il Mulino, Rivistaweb", Diritti umani e diritto internazionale, n. 1, 2025, pp. 145-146.

legittimità derivante dai limiti costituzionali prende le forme di un controllo, sempre più penetrante, di ragionevolezza delle scelte incriminatrici.

Il canone della ragionevolezza dapprima utilizzato per operare il controllo sul profilo della adeguatezza della scelta sanzionatoria, è stato poi assunto anche come direttrice di politica criminale nella fase di redazione della fattispecie astratta, integrando in questo modo delle valutazioni relative alla meritevolezza della tutela apprestata al bene protetto dalla norma incriminatrice, così come all'idoneità della condotta sanzionata ad offendere il suddetto bene.

Al contempo, sono state sollevate diverse questioni attorno al profilo dell'irragionevolezza, in relazione alla compatibilità della clausola di cui si sta discorrendo con il sistema di deroghe al principio di territorialità della legge penale e alla assimilazione, dal punto di vista della punibilità, di condotte sanzionate in modo diverso, nonché sul piano delle conseguenze.

Si è cercato di mettere in luce come la clausola in esame riproponga alcuni dei limiti intrinseci del divieto di cui all'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004, in particolare nella parte in cui si accomunano esperienze eterogenee e contesti non sovrapponibili; si è problematizzata la caratteristica dell'assolutezza del divieto rispetto allo scopo; sul piano della ragionevolezza della clausola sotto il profilo della concreta offensività delle condotte sanzionate, si è ritenuto di dover tener conto delle diverse declinazioni che assume il bene protetto, ossia, *in primis*, la dignità femminile.

A tali dubbi, che hanno animato dibattiti e riflessioni che si sono create attorno al testo di legge in discussione, non ha fatto seguito alcun emendamento.

La legge che è stata promulgata il 4 novembre 2024, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 270 del 18 novembre 2024, ed entrata in vigore il 3 dicembre 2024, costituisce il punto di confluenza di analoghi progetti di legge, accomunati dall'intento di contrastare il fenomeno del ricorso all'estero alla maternità surrogata, avvalendosi dello strumento penale per il tramite di una ridefinizione

della fattispecie incriminatrice, nella specie, rendendo la maternità surrogata “reato universale”¹⁵³.

Bisogna, allora, intendere quali sono gli obiettivi e le priorità dell'intervento legislativo, non solo per permettere la corretta interpretazione ed applicazione del reato, ma anche per valutare la compatibilità di una misura legislativa astratta e generale con il diritto internazionale, generale e convenzionale.

In particolare, l'impostazione della maggioranza ruota attorno al disvalore riconosciuto alla GPA, vietata dall'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004; tale divieto è stato esplicitato nelle sue ragioni ultime da un passaggio emblematico della sentenza n. 272/2017 della Corte costituzionale¹⁵⁴, poi ripreso nella sentenza n. 79/2022 della stessa Corte che ha voluto 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

¹⁵³ Si usa l'espressione “reato universale”, sebbene impropria, perché è quella usata dai media per indicare l'oggetto della riforma; tuttavia, si specifica che il Parlamento ha introdotto una clausola di giurisdizione basata sull'adozione incondizionata del criterio della personalità attiva.

Semmai, o v'è un'applicazione del principio di universalità rispetto all'applicazione della legge penale a fatti commessi all'estero o una giurisdizione penale universale, propria del diritto penale internazionale, che ha ad oggetto i “crimini internazionali”.

Infatti, le condizioni di operatività del principio di universalità sono cumulativamente soddisfatte qualora: lo straniero si trovi fisicamente nello Stato che ha intenzione di perseguirlo: prevale, di fatto, l'indirizzo secondo cui lo Stato ha l'obbligo di giudicare lo straniero, presunto autore di un grave crimine internazionale, solo qualora questo sia presente nel territorio dello Stato; lo straniero che lo Stato in cui egli si trova desidera processare non è richiesto né dallo Stato di cittadinanza né da un altro Stato che possa vantare un collegamento più stretto con lui. È quindi evidente che la rivendicazione del principio della giurisdizione penale per la GPA risulta inadeguata, non trattandosi di un reato meritevole di attivarlo, vista la mancanza della particolare gravità del crimine e di un consenso internazionale sul punto. Inoltre, la perseguibilità universale per il reato di GPA commesso all'estero manca di un prerequisito essenziale sotteso alle condizioni di territorialità ed esclusività di cui sopra, cioè a dire il fatto che il presunto reo non sia cittadino dello Stato che esercita la giurisdizione universale. Infatti, la l. n. 169/2024 è pensata per quei casi di GPA commessa all'estero da un cittadino italiano.

M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, cit., p. 130; G. GILLERI, *Gestazione per altri all'italiana: persone, diritti e stereotipi di genere in un reato 'universale'*, in “Il Mulino, Rivisteweb”, Diritti umani e diritto internazionale, n. 1, 2025, pp. 123-124.

¹⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272.

mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale (in senso analogo, ancora, sentenza n. 33 del 2021)»¹⁵⁵. Quindi, la maternità surrogata assurge ad offesa intollerabile della dignità femminile, pertanto il disvalore che viene attribuito alla condotta è tale da giustificare l'estensione della sua punibilità anche a fatti commessi all'estero da cittadini italiani, ed è tale da giustificare l'assoluta priorità che viene assegnata alla perseguibilità extraterritoriale del reato, rispetto ad altre esigenze di tutela¹⁵⁶.

Dunque, è dall'elevazione della surrogazione di maternità a offesa intollerabile alla dignità femminile che deriva la preminenza che le viene attribuita rispetto alle altre esigenze di tutela, e che giustifica la volontà di contrastare il fenomeno del c.d. turismo procreativo, cioè il ricorso da parte di cittadine e cittadini italiani alla pratica della maternità surrogata in Paesi stranieri, europei o extraeuropei, dove quest'ultima è ammessa e a cui fa seguito, di regola, la richiesta da parte dei genitori di intenzione di fare trascrivere nei registri dello Stato civile nazionale l'atto di nascita formato all'estero.

Facendo un passo indietro, è bene ricordare che la proposta di legge A. C. n. 887 non è stata l'unica ad essere formulata, accanto ad essa vi sono stati i progetti di legge C. 342 (Candiani e altri) e C. 1026 (Lupi e altri), rispettivamente del 14 ottobre 2022 e del 21 marzo 2023.

Le tre proposte di legge, di cui si sta scorrendo, avevano una finalità comune, ma non coincidevano sui piani tecnico-legislativo e dell'efficacia; sarebbero, infatti, stati diversi gli effetti che avrebbero fatto seguito all'estensione dell'applicabilità extraterritoriale della sanzione penale ex art. 12, comma 6, l. n. 40/2004.

Concentrando qui l'attenzione sulla proposta C. 887, essa, attraverso la tecnica della novellazione, mirava ad integrare quanto disposto al comma 6 dell'art. 12, l. n. 40/2004, estendendo le pene previste dal comma in questione

¹⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza del 28 marzo 2022, n. 79, par. 5.2.3, che, cita i propri precedenti in tema.

¹⁵⁶ E. SAVARESE, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, cit., p. 72.

anche ai fatti commessi all'estero, attraverso il rinvio al novero delle condotte tipizzate dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 e, cioè, la realizzazione, la organizzazione, la pubblicizzazione (della commercializzazione) della maternità surrogata. Sicché, la punizione che si intendeva introdurre abbracciava tutte le condotte descritte al comma 6, che sarebbero state, dunque, punibili anche se commesse all'estero.

Invece, per quanto riguarda l'ambito soggettivo, in principio si intendeva rendere punibili tanto i fatti commessi dal cittadino italiano, quanto quelli commessi dal cittadino straniero. Ossia, si voleva consentire la punibilità dei fatti di surrogazione ovunque, da chiunque e contro chiunque commessi. Tuttavia, questa intenzione originaria si è scontrata con l'assenza di un consenso generale, e finanche maggioritario, della comunità internazionale sulla necessità di presidiare con lo strumento penale gli interessi sottesi a tali condotte, rendendo quindi evidente l'impossibilità di effettuare questa scelta normativa.

L'“universalità” del reato, infatti, avrebbe portato l'Italia ad esercitare una giurisdizione prescrittiva anche sugli stranieri che avessero commesso questi fatti fuori dal territorio italiano, nel rispetto della *lex loci*; fatti rispetto ai quali sarebbe potuto mancare, completamente, il collegamento della vittima con lo Stato italiano, producendo in questo modo diversi problemi diplomatici, in quanto l'ansia moraleggiante del nostro legislatore avrebbe preteso di imporsi anche su scelte legittime, operate in altri sistemi, che ammettono e regolamentano le procedure di gestazione per altri. Ne sarebbe originato un intervento penale invasivo sulla sfera di sovranità degli altri Stati, trattandosi di un delitto estraneo alla sfera dei crimini internazionali; incapace di sortire efficacia preventiva sulla vasta e indiscriminata platea dei destinatari del divieto, nonché di dubbia compatibilità rispetto al principio costituzionale di colpevolezza, per via della oggettiva impossibilità, per tutti coloro che non fossero stati cittadini e cittadine italiane, di percepire il dovere giuridico di osservare la legge penale italiana, ossia una legge penale altra e sostanzialmente diversa rispetto a quella dell'ordinamento in cui i fatti si fossero svolti; una legge penale fondata su istanze di tutela estranee e comunque non

condivise nel panorama internazionale. Pur volgendo lo sguardo oltre i limiti di ordine dogmatico, i principali ostacoli sarebbero sorti dal punto di vista pratico, a causa dell'obiettiva difficoltà, se non addirittura impossibilità, di esercitare la conseguente giurisdizione giudiziaria ed esecutiva, non essendo concepibile un intervento di cooperazione da parte degli Stati che adottano politiche più liberali in materia, e che avrebbero percepito la pretesa del nostro ordinamento come un'indebita invasione di sovranità. In ragione di questo, il testo licenziato dalla Commissione è andato nel senso di riferirsi esclusivamente ai fatti commessi dai cittadini italiani, facendo ricorso al criterio della personalità attiva¹⁵⁷.

La proposta di legge in esame considera quali nodi critici nel diritto vigente: *in primis* la stessa definizione della fattispecie delittuosa, non tanto per la condotta penalmente rilevante, che risulta sufficientemente descritta dalla norma, quanto per i dubbi circa l'individuazione degli autori del reato; l'impossibilità di perseguire i rei oltre i confini nazionali¹⁵⁸; ed infine, la questione riguardante la trascrivibilità degli atti di nascita formati all'estero, che rappresenta di regola il portato finale della vicenda¹⁵⁹.

Alla luce dei nodi problematici evidenziati, ciò che intendeva fare la proposta di legge C. 887 era di non lasciare più i tribunali soli davanti alle problematiche che sempre più spesso si stavano determinando a causa del ricorso da parte di cittadini italiani a pratiche di surrogazione di maternità effettuate

¹⁵⁷ V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità arriva nella legge "Varchi"*, in "La legislazione penale", 25.10.2024, pp. 1-4.

¹⁵⁸ Sul punto, infatti, la Cassazione ha esplicitamente escluso l'applicabilità dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 ai fatti commessi all'estero, poiché, affinché un reato commesso in parte in altro Stato possa rientrare nell'ambito della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 6, comma 2, c. p., è necessario che almeno un frammento significativo e collegabile eziologicamente alla restante parte della condotta integrante la fattispecie incriminatrice sia compiuto su suolo nazionale.

F. DI LELLA, *La proposta di legge italiana sulla maternità surrogata come "reato universale". Analisi e prospettive.*, in "Actualidad Jurídica Iberoamericana", n. 20 bis, junio 2024, pp. 455.

¹⁵⁹ La giurisprudenza penale ha dibattuto circa l'inquadramento della figura nell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 567 c.p. (reato di alterazione di stato) o di cui all'art. 496 c.p. (reato di false dichiarazioni sulla identità) mentre, la giurisprudenza civile di legittimità ha negato la possibilità della trascrizione per contrarietà all'ordine pubblico.

M. D'AMICO, *Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in "Rivista AIC, Osservatorio costituzionale", n. 4, 2023, p. 8 ss.

all'estero, rendendo così manifesta la contrarietà allo sfruttamento e alla commercializzazione di fatto di donne e bambini.

Ricapitolando brevemente e tirando le fila del discorso sin qui svolto, l'intervento normativo, attuato aggiungendo un nuovo periodo al termine del comma 6, dell'art. 12, della legge n. 40 del 2004, è volto a sottoporre alla giurisdizione italiana le condotte compiute dal cittadino italiano, riferibili alla surrogazione di maternità, anche se poste in essere in territorio estero. L'attuale formulazione della fattispecie incriminatrice è la seguente: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti, embrioni o la surrogazione di maternità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con una multa da 600.000 a un milione di euro.

Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla maternità surrogata, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana». La proposta in esame, divenuta a tutti gli effetti legge, consente, dunque, di perseguire penalmente condotte commesse in un Paese estero anche quando tale Paese non qualifica le stesse come illecite, avvalendosi di una possibilità già prevista, a determinate condizioni, dall'ordinamento penale italiano (in base agli artt. 7 e ss. c. p.)¹⁶⁰.

Infatti, per la legislazione penale italiana, un fatto configurato come reato in Italia può essere punito anche quando commesso all'estero purché ricorrano determinate condizioni, differenti a seconda che sia previsto o meno il coinvolgimento di un cittadino italiano (in veste di autore del delitto, concorrente dell'autore, oppure vittima del delitto stesso). In materia di punibilità dei reati commessi all'estero, la disciplina è dettata dagli artt. 7 ss. c.p. In particolare, l'articolo 7 c.p. prevede che la legge italiana si applichi sia nei confronti del cittadino, sia nei confronti dello straniero in relazione ai reati commessi all'estero, elencati nel medesimo articolo e caratterizzati da rilevante gravità (quali, ad

¹⁶⁰ Evidentemente gli obiettivi e le priorità del legislatore sono stati, in termini assolutistici e senza alcuna opera di bilanciamento, l'esaltazione del carattere necessariamente ed indefettibilmente criminale della GPA, ovunque praticata nel mondo e la correlata indifferenza rispetto alle questioni attinenti al destino dei figli nati da GPA.

esempio, i delitti contro la personalità dello Stato) e, in particolare, ad ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscano l'applicabilità della legge penale italiana (art. 7, comma primo, n. 5, c.p.).

Per completezza, si fa presente che gli articoli successivi, relativi ai delitti politici commessi dallo straniero (art. 8 c.p.), ai delitti comuni del cittadino all'estero (art. 9 c.p.) e ai delitti comuni dello straniero all'estero (art. 10 c.p.), subordinano l'applicazione della legge penale italiana alla sussistenza di alcuni presupposti. L'art. 9 prevede che qualora il cittadino italiano commetta in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena dell'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge stessa, a condizione che si trovi nel territorio dello Stato; se, però, è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia, oppure a istanza o querela della persona offesa.

Analogamente a quanto dispone l'art. 9, l'art. 10 stabilisce che per i delitti comuni che lo straniero commette all'estero contro lo Stato o contro un cittadino italiano, la legge penale italiana si applica solo per i delitti puniti con pena detentiva, ovvero delitti puniti con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno. Occorrono, inoltre, la presenza del reo nel territorio dello Stato italiano e, alternativamente, la richiesta di procedimento del Ministro della giustizia o la richiesta di procedimento della persona offesa. Per quanto riguarda i delitti contro le Comunità europee, uno Stato estero o uno straniero, puniti con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, la legge prevede tre condizioni di procedibilità: la richiesta ministeriale, la presenza del presunto colpevole nel territorio dello Stato e che l'extradizione del medesimo non sia stata concessa dallo Stato italiano o accettata dallo Stato in cui ha commesso il delitto o dallo Stato a cui appartiene. Al riguardo, la Corte di Cassazione, nella sentenza del 10 marzo 2016, n. 13525¹⁶¹, ha precisato che la questione della “doppia

¹⁶¹ Corte di cassazione, sez. V penale, sent. 10 marzo 2016, n. 13525.

incriminabilità”: «Assume sicuro rilievo, ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta (Corte cost., 24/03/1988, n. 364), in quanto l'errore investe la portata applicativa del menzionato art. 9. La pronuncia appena citata, nel tracciare i parametri di individuazione della inevitabilità dell'errore, opera un significativo riferimento anzitutto ai criteri (c.d. oggettivi puri), secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato, aggiungendo che tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale»¹⁶².

2. L'applicazione della legge penale nello spazio: la pretesa di universalità della giurisdizione italiana rispetto al reato di maternità surrogata.

Attraverso la modifica apportata dalla legge n. 169/2024 all'art. 12, c. 6, della legge n. 40/2004, l'ordinamento italiano ha compiuto una chiara scelta di politica criminale. Infatti, la legge n. 169/2024 prevede che: «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».

L'intenzione, chiara, dell'ordinamento italiano è di estendere l'ambito di applicazione della fattispecie di maternità surrogata ai cittadini italiani che vi ricorrono all'estero, attuando una reazione forte, “muscolare”, che però è scarsamente idonea rispetto alla complessità del problema. Infatti, la fattispecie in questione, non è intrinsecamente offensiva, tanto meno è sorretta da un consenso unanime su scala comparata, tale da giustificare la punizione anche extraterritoriale, ossia in senso “universale”. Dunque, l'ordinamento italiano, in questo modo si proietta oltre frontiera, persino contro la prospettiva adottata da altri ordinamenti che, a talune condizioni, ammettono la pratica in questione, per

¹⁶² Corte di cassazione, sez. V penale, sent. 10 marzo 2016, n. 13525.

rivendicare il proprio carattere imperativistico ovunque, e contrastare il turismo procreativo. Evidentemente la norma opera su un piano prettamente simbolico, poiché consacra la volontà della maggioranza parlamentare di difendere un determinato assetto di valori che si sviluppa a partire da una concezione tradizionale di famiglia.

In questo modo:

«Si delinea una figura di reato universale, di marca prettamente locale, espressione di un diritto penale ipertrofico ad elevato tasso di simbolismo, caratterizzato dall'ambizione dichiarata di operare in chiave extraterritoriale.

L'intento è di rendere manifesto l'impegno a contrastare "senza confini" condotte ritenute particolarmente significative sul piano assiologico e della identità nazionale, nella implicita consapevolezza che lo strumento penalistico avrà scarse o nulle possibilità di incidere in maniera effettiva sui fenomeni che si intende contrastare, ma con l'auspicio che il messaggio risulti invece percepito "forte e chiaro" nell'opinione pubblica, eventualmente grazie a qualche condanna esemplare»¹⁶³.

È, infatti, innegabile che la disciplina sia, in radice, inefficace, e questo ne rivela il carattere fondamentalmente simbolico: si vuole dissuadere le coppie italiane che si rivolgono alle cliniche estere che lecitamente praticano la surrogazione di maternità¹⁶⁴. «L'idea di reato universale mostra un volto del diritto penale che vuole imporre un messaggio morale, ma l'inefficacia della norma trasforma il messaggio morale in squalificazione sociale di chi sceglie di accedere a quella pratica»¹⁶⁵.

¹⁶³ S. MANACORDA, M. COLACURCI, *Il "reato universale"? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano*, in "La Nuova Giuridica, Florence Law Review", n. 1, 2024, pp. 55-56.

¹⁶⁴ Infatti, è stato scelto il criterio della personalità attiva, il cui fondamento assiologico si rinviene nella intenzione dello Stato di assicurare una tutela effettiva a beni giuridici ritenuti di particolare rilevanza nei confronti di fatti ritenuti gravemente lesivi degli stessi compiuti dal cittadino ovunque esso si trovi ad agire. V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità arriva nella legge "Varchi"*, in "La legislazione penale", 2024, p. 583. Invece, per una ricostruzione completa e più accurata della fattispecie di reato di maternità surrogata alla luce della modifica introdotta dalla legge n. 169/2024 si indica l'articolo di N. ZAMMARCHI, *La sanzione all'estero della «maternità surrogata». Considerazioni sulla l. n. 169 del 2024*, in "Giurisprudenza Penale", pp. 1-17.

¹⁶⁵ C. D. LEOTTA, M. PELISSERO, *Punire la surrogazione di maternità commessa dal cittadino anche all'estero?*, in "Il Quotidiano Giuridico", 1.08.2023, pp. 1-17.

Inefficacia che si sarebbe potuta prevedere già alla luce dello stato di salute del delitto in esame, da prima dell'introduzione della legge n. 169/2024.

In base ai principi generali previsti dagli articoli 3 ss. c.p., la previsione di una pena minima edittale pari a sei mesi di reclusione escludeva automaticamente la possibilità di punire lo straniero che avesse concorso nella commissione del reato al di fuori dei confini del territorio nazionale. Diversamente, i cittadini italiani potevano essere soggetti a responsabilità penale per la condotta di surrogazione di maternità compiuta all'estero, ma solo al momento del loro rientro in Italia. Tale punibilità risultava però subordinata alla presenza di alcune condizioni: in primo luogo, era necessario che, ai sensi dell'articolo 6, c. 2, c.p., l'agente avesse realizzato nel territorio italiano una: «Parte significativa dell'azione» criminosa; in secondo luogo, era indispensabile che vi fosse una formale richiesta in tal senso da parte del Ministro della Giustizia. A questi presupposti si aggiungeva, secondo l'opinione di alcuni interpreti, anche il requisito della cosiddetta «doppia incriminazione»¹⁶⁶, ossia la necessità che la condotta in questione fosse considerata penalmente rilevante non soltanto in Italia, ma anche nello Stato estero in cui essa era stata posta in essere¹⁶⁷.

A netto del fatto che tutte le pratiche mediche di cui si tratta vengono attuate in cliniche estere, e che quindi all'estero sono realizzate, l'unica condotta tenuta in Italia, astrattamente idonea ad essere fatta rientrare nell'ambito della condotta sanzionata poteva essere individuata negli accordi preparatori alla P.M.A. intercorsi tra i genitori intenzionali e la clinica estera. Tuttavia, la Cassazione aveva escluso che questa parte di condotta commessa in Italia fosse: «Significativa e collegabile in modo chiaro e univoco alla parte restante realizzata in territorio estero»,

¹⁶⁶ Sia le condizioni di derogabilità delle norme generali poste dal Codice penale, che il superamento del principio della doppia incriminazione (nonché l'affermazione di una giurisdizione universale) erano state evocati nel dibattito parlamentare.

Questi profili sono stati dibattuti nei due pareri, rispettivamente della maggioranza e minoranza, della I Commissione (Affari costituzionali) del Senato.

Il testo è scaricabile online su www.camera.it.

¹⁶⁷ Sul tema si segnala A. DI NINO, *Verso un diritto penale onnipotente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in www.sistemapenale.it 18 aprile 2024, pp. 105-112 (ultimo accesso: 7/07/2025).

escludendo così l'applicabilità dell'art. 6 c.p., nonché implicando l'inapplicabilità del reato di surrogazione di maternità¹⁶⁸.

Come si è anticipato nel paragrafo precedente¹⁶⁹, rispetto al tema dell'ambito di validità della legge penale italiana nello spazio, rilevano gli artt. 7 ss. c.p.¹⁷⁰

L'impianto normativo dell'ordinamento italiano si regge, in primo luogo, sul principio di territorialità, intimamente connesso all'incondizionata sovranità dello Stato sul suo territorio; sovranità che, talvolta, si ritiene di ampliare estendendo le maglie applicative della legge penale italiana. Le ipotesi in cui si prevede l'espansione della legge penale italiana sono modulate secondo un ordine di decrescente gravità: si passa dalla punibilità incondizionata ex art. 7 c.p. per alcune categorie di delitti, particolarmente rilevanti in ottica extraterritoriale in ragione della gravità dei fatti ad essi riconducibili, alle ipotesi di cui agli artt. 8, 9 e 10 c.p., condizionate dalla presenza di taluni requisiti di punibilità o procedibilità, quindi denotate da minore gravità¹⁷¹.

La legge n. 169/2024, nello specifico, deroga implicitamente a quanto generalmente disposto dall'art. 9 c.p., consentendo l'incriminazione per il reato di surrogazione di maternità commesso all'estero *a prescindere* dalla verifica delle condizioni di procedibilità indicate nel secondo comma della disposizione

¹⁶⁸ N. ZAMMARCHI, *La sanzione all'estero della «maternità surrogata». Considerazioni sulla l. n. 169 del 2024*, cit., pp. 9-11.

¹⁶⁹ Alle pagine 127-129.

¹⁷⁰ Sull'ambito di validità spaziale della legge penale si segnalano: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2023, pp. 147-149; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1982, p. 474.

¹⁷¹ A tal proposito, è importante chiedersi quali siano le ragioni che portano il legislatore a prevedere l'estensione dell'ambito di applicazione della legge penale italiana (nello specifico, in riferimento alla fattispecie in discorso), tuttavia le risposte a questo quesito sono molteplici e non univoche; per un maggior approfondimento al riguardo S. MANACORDA, M. COLACURCI, *Il "reato universale"? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano*, cit. pp. 56-60; M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in "Diritto Penale Contemporaneo: Rivista trimestrale", n. 2, 2021, pp. 39-49.

Si segnala anche l'intervento della On. Maria Carolina Varchi che nel corso della discussione generale in Aula alla Camera dei Deputati, il 19 giugno 2023, ha affermato: «Con questa proposta di legge, proponiamo di sottoporre alla giurisdizione italiana le condotte compiute dai cittadini italiani anche quando vengono poste in essere in territorio straniero. La cornice normativa del nostro ordinamento che consente la perfetta applicabilità di questa fattispecie - qualora la legge, come naturalmente auspico, venisse approvata - è proprio l'articolo 7 del nostro codice penale».

L'intervento è reperibile al sito www.camera.it (ultimo accesso: 18/08/2025).

codicistica, trattandosi di un delitto punito con la pena della reclusione inferiore nel minimo a tre anni: in particolare, non occorrerebbe la presenza del reo nel territorio dello Stato, né la richiesta del Ministro della giustizia, ovvero l'istanza o la querela della persona offesa.

L'idea alla base della clausola speciale introdotta con il recente intervento normativo è che non debbano sussistere né le condizioni esplicitate nell'art. 9 c.p., né il requisito della doppia incriminazione, affinché il cittadino italiano che realizza all'estero le pratiche di maternità surrogata sia perseguibile¹⁷². Così la legge n. 169/2024 ha voluto superare le letture garantiste dell'art. 9 c.p., collocando la surrogazione di maternità tra le fattispecie alle quali tale disciplina non si applica. Un effetto indiretto di questa nuova disciplina è il superamento dell'argomento assolutorio, per cui non si può più escludere il reato riconoscendo l'errore scusabile sulla legge penale¹⁷³. Si noti che proprio la scelta di disancorare la validità della legge penale all'estero, in materia di surrogazione di maternità, dal principio della doppia incriminazione è particolarmente controversa¹⁷⁴.

La controversia che si è creata attorno alla necessità, o meno, di prevedere il requisito della doppia incriminazione nasce dall'asimmetria dei presupposti applicativi richiesti da un lato per gli artt. 9 e 10 c. p. e dall'altro per l'art. 13 c.p. Infatti, inizialmente si era ipotizzato di richiedere la sussistenza della doppia

¹⁷² V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità arriva nella legge "Varchi"*, cit., pp. 1-4.

¹⁷³ Corte di cassazione, pen., sez. V, sentenza 10 marzo 2016, n. 13525. In questa sentenza la Corte afferma che il problema della doppia incriminazione «assume sicuro rilievo, ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta [...] in quanto l'errore investe la portata applicativa del menzionato art. 9». In altri termini, l'esistenza di un contrasto in giurisprudenza sul rilievo della doppia incriminazione ai fini dell'applicabilità dell'art. 9, comma 2 renderebbe scusabile l'errore sul precetto. Va sottolineato, tuttavia, che la citazione si inserisce in un passaggio motivazionale che non prende posizione sul contrasto giurisprudenziale che si è creato attorno al criterio della doppia incriminazione. Potrebbe ritenersi che l'innovazione legislativa in esame voglia ottenere come risultato che non si possa più basare un proscioglimento sulla ritenuta 'scusabilità' dell'errore giuridico sul punto.

¹⁷⁴ A testimonianza di quanto asserito si segnalano due tra tutti: A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come 'reato universale'*, in "Sistema penale", 18 luglio 2023, (ultimo accesso: 27/06/2025); E. CALVANESE, *La surrogazione di maternità realizzata all'estero e la sua punibilità in Italia*, in "Giudicedonna", 2023, pp. 1-9; A. VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in "disCrimen", 2020, p. 2.

incriminazione per l'applicazione di tutti e tre questi articoli, mentre in seguito la si è richiesta esclusivamente per l'art. 13 c.p.

Sia la dottrina che la giurisprudenza sono divise circa la necessità della doppia incriminazione del fatto, ai fini della legittima adozione del criterio giurisdizionale della personalità attiva (ossia del criterio prescelto dal legislatore italiano in materia di surrogazione di maternità). Nodo centrale da sciogliere è quello riguardante la costituzionalità del requisito della doppia incriminazione; requisito di cui in dottrina, taluni, hanno rinvenuto il fondamento nella necessità di rispettare i principi di legalità e colpevolezza¹⁷⁵, ma che talaltri hanno negato, ritenendolo fuorviante. V'è chi è andato oltre quanto affermato dai tradizionali indirizzi in materia, ed ha cercato di fondare il requisito della doppia incriminazione sul rispetto del principio di offensività, giungendo comunque a esiti poco convincenti.

Un secondo problema deriva dalla necessità di tenere distinto il piano dell'offensività da quello della doppia incriminazione, poiché anche qualora si riscontrasse la sussistenza del requisito della duplice punibilità, ciò non indicherebbe necessariamente che il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di reato applicabile in territorio straniero sia lo stesso protetto dalla fattispecie nazionale, per cui i medesimi esiti incriminatori non si tradurrebbero necessariamente nel soddisfacimento degli stessi bisogni di tutela.

Per ultimo, si deve prendere atto del fatto che il principio di offensività opera in una dimensione sociale e giuridica prettamente nazionale, eventualmente proiettabile sulle azioni commesse al di fuori dei confini territoriali, ma, per l'appunto, solo eventualmente.

¹⁷⁵ Per quanto concerne il principio di legalità, si è rilevato che, in assenza della doppia punibilità del fatto, la condotta sarebbe lecita nel *locus commissi delicti*, e pertanto la sua incriminazione colliderebbe con l'art. 25 c. 2 Cost. Per quanto riguarda il principio di colpevolezza, si è affermato che esso richiederebbe che il soggetto agente si trovi nelle condizioni di conoscere previamente la rilevanza penale del fatto secondo la legge del luogo ove abbia agito, per cui l'affidamento riposto dal cittadino italiano nella liceità della condotta nel *locus commissi delicti*, dovrebbe escluderne la rimproverabilità.

V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità arriva nella legge "Varchi"*, cit., p. 14.

Al di là dei diversi tentativi di ricostruzione che ancorano la doppia incriminazione alle garanzie fondamentali del diritto penale, tale requisito potrebbe configurarsi come parametro di riferimento per valutare la proporzionalità e l'adequatezza di un intervento normativo volto ad ampliare l'ambito territoriale di applicazione di una fattispecie incriminatrice. Infatti, sebbene il legislatore disponga di ampia discrezionalità, questa non può tradursi in opzioni normative irrazionali o sproporzionate rispetto agli interessi costituzionali in gioco. In tale ottica, la liceità del fatto nel *locus commissi delicti* può rilevare ai fini della valutazione della ragionevolezza dell'intervento repressivo e dell'effettiva offensività rispetto ai beni giuridici tutelati¹⁷⁶.

Sul piano prettamente giurisprudenziale v'è una netta divisione. Coesistono sentenze che rinviengono nella doppia incriminazione una: «Condizione indispensabile affinché il reato commesso dallo straniero fuori del territorio dello Stato possa essere punito secondo la legge italiana»¹⁷⁷, e contrapposte sentenze per le quali, invece, la punibilità dei fatti commessi all'estero deve essere ricostruita solo alla luce della normativa italiana.

A fronte di questa discordanza, la Cassazione si è espressa affermando che tale incertezza è tale da determinare l'errore inevitabile del cittadino italiano sulla legge penale (errore che investe la portata dell'art. 9 c.p.).

Chi rinviene nella doppia incriminazione un requisito immanente all'ordinamento, ritiene che non se ne possa prescindere¹⁷⁸. In ragione di ciò, valorizzando il dato testuale ed escludendo il requisito della doppia incriminazione, si prospetterebbero delle censure sulla costituzionalità di questa

¹⁷⁶ In merito al requisito della doppia incriminazione si segnalano A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in "GenIUS", 2024, pp. 1-20; V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità arriva nella legge "Varchi"*, cit., pp. 1-53; S. MANACORDA, M. COLACURCI, *Il "reato universale"? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano*, cit., pp. 66-71; T. TRINCERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", n. 4, 2017, pp. 1391-1431; M. A. PASCULLI, *Universale, particolare: la maternità surrogata tra amore "senza confini" e necessari limiti di legge*, in "Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it", n. 2, 2024, pp. 1-32.

¹⁷⁷ Cass., Sez. I, 17 settembre 2002, n. 38401.

¹⁷⁸ N. ZAMMARCI, *La sanzione all'estero della «maternità surrogata». Considerazioni sulla l. n. 169 del 2024*, cit., pp. 11-16.

mancata previsione, suscettibili di paralizzare ulteriormente l'applicazione del presente delitto. In particolare i dubbi riguarderebbero la conformità del reato con il canone ordinario di ragionevolezza, a causa dell'incompatibilità fra questo delitto e gli altri illeciti inseriti nell'elenco ex art. 9, c. 1, c.p., e si ravviserebbero delle tensioni con il principio di determinatezza ex art. 25, c. 2, Cost., per via della vaghezza del reato, e in particolare della "realizzazione della surrogazione di maternità".

Per quanto attiene al criterio giurisdizionale prescelto dal legislatore, ossia quello della personalità attiva, esso si basa sull'esercizio della sovranità statale in senso extraterritoriale, ossia sulla volontà dello Stato di monitorare il comportamento dei propri cittadini all'estero¹⁷⁹, a prescindere dalle scelte di incriminazione adottate dalla *lex loci*, e ciò può comportare un'indebita ingerenza negli affari interni dello Stato in cui il fatto è (stato) realizzato.

È un criterio che, in senso ampio e generale, si fonda sulla leale cooperazione giudiziaria tra gli Stati nel perseguimento dei reati. Se lo Stato in cui il reato è stato commesso non può perseguirlo, ad esempio per il rifiuto di estradare il proprio cittadino, questo Stato dovrà garantire la punibilità del reato attraverso un processo interno, secondo il principio "*aut dedere aut iudicare*".

Il fondamento propriamente assiologico del criterio della personalità attiva, ossia l'intenzione dello Stato di assicurare una tutela effettiva di beni giuridici ritenuti di particolare rilievo nei confronti di fatti gravemente lesivi degli stessi compiuti dal cittadino ovunque si trovi ad agire, emerge nel caso in cui la *lex loci* non incrimini quel dato comportamento o non miri ad apprestare un adeguato livello di tutela all'interesse giuridico offeso. Sulla base di tali premesse, e di fronte alla constatazione per cui nel diritto internazionale non esistono regole che consentano alle corti di valutare la ragionevolezza della giurisdizione presuntiva, risulta che la legittimità dell'esercizio della giurisdizione territoriale deve essere esaminata sotto il profilo della costituzionalità dell'incriminazione

¹⁷⁹ Infatti, allo stato del dato testuale l'obiettivo concreto del legislatore non è quello di contrastare la GPA in sé considerata, ma di evitare che siano i cittadini italiani a farvi ricorso.

extraterritoriale. I criteri di giurisdizione non solo determinano la legittimità della pretesa punitiva¹⁸⁰, ma fanno anche parte integrante del precetto penale, definendo ciò che è penalmente rilevante. In Italia, il criterio della personalità attiva si applica generalmente a tutti i crimini puniti con la reclusione, ma tale criterio deve essere valutato in relazione alle condizioni previste dalla legge per esercitare la giurisdizione su crimini commessi all'estero. Per questo bisogna prestare particolare attenzione alla clausola giurisdizionale speciale che il legislatore ha introdotto per la fattispecie di surrogazione di maternità, che fa sì che si applichi incondizionatamente il criterio della personalità attiva laddove però si prevede una pena detentiva modesta, non espressiva di un'elevata capacità offensiva dei fatti incriminati.

Spostandoci sul piano sovranazionale, si deve osservare che proibire il ricorso alla maternità surrogata anche presso Paesi che la considerano una pratica lecita, può tradursi nella violazione di alcuni dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in particolare qui rilevano il rispetto del diritto alla vita privata e familiare della coppia o di uno dei suoi componenti di cui all'art. 8, nonché la libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea. Infatti, beneficiare della pratica della maternità surrogata può rientrare nel cono di tutela offerto dall'art. 8 CEDU, nel quale si rinviene, come sopra accennato, e più approfonditamente detto nel secondo capitolo della presente tesi¹⁸¹, il diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, quanto meno nelle ipotesi in cui almeno uno dei due componenti della coppia detenga un legame genetico con il minore venuto al mondo attraverso il ricorso a tale pratica.

¹⁸⁰ Nel caso di specie, il divieto di ricorrere alla maternità surrogata, quanto meno formalmente, può essere ricondotto sul piano interno, a ragioni costituzionalmente rilevanti, a partire dalla tutela del principio-dignità, declinato in senso rigidamente oggettivo sia dalla Corte costituzionale, che dalla Corte di cassazione. Infatti, nel nostro sistema costituzionale la dignità ha una dimensione non solo soggettiva, ancorata alla sensibilità, alla percezione e alle aspirazioni del singolo, ma anche oggettiva per l'appunto, dunque collegata al valore originario, incompressibile e irrinunciabile di ogni persona.

In tal senso si segnalano le sentenze della Corte costituzionale n. 272 del 18 dicembre 2017; n. 33 del 9 marzo 2021; n. 79 del 28 marzo 2022. E in aggiunta le sentenze emanate dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 12193/2019 e n. 38162/2022.

¹⁸¹ In particolare l'argomento è affrontato alle pp. 78-113.

Per quanto attiene alla libertà di circolazione, bisogna invece tenere a mente che ci sono ordinamenti che non solo disciplinano la GPA, ma consentono l'accesso ad essa anche ai cittadini provenienti da altri Stati. In questo modo, ai cittadini italiani viene esclusa la possibilità di circolare all'interno dell'Unione europea per accedere ad una pratica procreativa legittimamente ammessa in altri stati membri. E la stessa possibilità verrebbe di fatto preclusa anche al cittadino di un altro Stato membro dell'UE che intende far ricorso alla GPA in coppia con una persona di cittadinanza italiana; situazione cui si accosterebbero ulteriori profili di complessità in base al ruolo di volta in volta assunto (ossia a seconda del fatto che sia genitore di pura intenzione o genitore legato geneticamente al nascituro). Al contempo, anche il minore nato con GPA in altro Stato membro da genitore, o genitori, italiani potrebbe vedere ulteriormente aggravata la situazione che affligge il proprio *status* giuridico. La possibilità di trascrivere l'atto di nascita in Italia rischia di diventare ancor più incerta, in conseguenza di una valutazione, potenzialmente ancora più stringente, della compatibilità con l'ordine pubblico, dovuta all'ulteriore rafforzamento del disvalore penale assegnato alla particolare modalità di procreazione utilizzata. Ciò potrebbe, peraltro, mettere a repentaglio l'osservanza dei principi affermati dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza c.d. *Pancharevo*¹⁸², la quale, significativamente, aveva fatto discendere l'istanza di tutela della libertà di circolazione del minore e del suo *status*, indipendentemente dalle modalità della nascita e dal tipo di famiglia in cui sia nato, dalla *vis* espansiva della cittadinanza dell'Unione. Ancora, la legge n. 169/2024 rischia di rendere ancor più complesso e accidentato l'*iter* di approvazione della proposta di regolamento UE relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione¹⁸³.

¹⁸² Corte di giustizia UE, V.M.A. c. *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, causa C-490/20, sentenza del 14 dicembre 2021.

¹⁸³ Commissione europea, *COM(2022) 695 final*, del 7 dicembre 2022.

In aggiunta, non può escludersi che le possibili conseguenze sin qui descritte possano incidere anche sulla tenuta del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Infatti, la compatibilità convenzionale andrà valutata avuto riguardo non solo alla circostanza che il divieto di GPA è assistito da sanzione penale, ma anche al fatto che tale sanzione è ora applicabile anche a condotte poste in essere all'estero, ove la GPA sia lecita e regolamentata. Sicuramente occorrerà valutare se l'ingerenza nella vita privata e familiare determinata dalla legge n. 169/2024 rispetti i limiti di ragionevolezza ai quali il margine di apprezzamento nazionale rimane comunque assoggettato, specie quando l'ingerenza riguardi la sfera intima.

A ciò aggiungasi che i possibili aggravamenti sul piano della certezza dello *status filiationis* paiono porsi in contrasto con l'affermazione, desumibile in modo molto chiaro dalla giurisprudenza convenzionale, secondo cui anche nel caso di nascita con GPA al nato deve essere assicurata certezza dello *status* familiare e stabilità delle relazioni. Se non è richiesto che ciò avvenga attraverso lo strumento della registrazione o trascrizione anagrafica, eventuali mezzi alternativi (quali l'adozione in casi particolari nell'ordinamento italiano) devono essere caratterizzate da equivalenti garanzie sul piano della tempestività e della certezza; condizioni che, già messe in crisi dalla soluzione attualmente rinvenuta dalla giurisprudenza italiana, rischiano di essere ulteriormente aggravate dall'impatto della punibilità delle condotte poste in essere all'estero¹⁸⁴.

Le tensioni espansionistiche della legge penale nell'ambito della maternità surrogata hanno creato delle frizioni con le garanzie formali del diritto penale, in

¹⁸⁴ Sul tema: C. DANISI, *Maternità surrogata come reato 'universale': considerazioni di diritto internazionale e dell'Unione europea*, in "GenIUS", 2023, p. 75-94; V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità arriva nella legge "Varchi"*, cit., p. 604; B. PARENZO, *Maternità surrogata, dignità e principio personalista*, in "Persona e mercato", n. 4, 2025, pp. 1218-1245; A. M. LECIS COCCO ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in "Genius", n. 1, 2019, pp. 68-80; L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in "Diritti umani e diritto internazionale", n. 2, 2019, pp. 418-426; M. CAIELLI, *La Corte EDU torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in "DPCE Online", 2023, pp. 1495-1502.

particolare con i principi di tassatività e di colpevolezza. Senza contare che il risultato di questa scelta normativa è quello di proiettare unilateralmente, e in assenza di qualunque indicazione vincolante proveniente dall'ordinamento internazionale, una valutazione normativa del nostro ordinamento oltre i confini nazionali, ingerendo non solo in scelte individuali attinenti alla sfera intima, ma altresì nell'autonoma sfera di valutazione di ordinamenti altri¹⁸⁵.

La discussione che si è creata attorno a questo fenomeno si è incentrata sull'adeguata ponderazione dei beni giuridici confliggenti, rilevante sui piani del sindacato di offensività e della proporzionalità della scelta di incriminazione. In questo ambito di giudizio il vero elemento dirimente è costituito dalla possibilità per il giudice di valutare le scelte normative e il loro impatto sui diritti fondamentali. Tale potere, tuttavia, è bilanciato da una marcata propensione a non interferire con la discrezionalità legislativa, soprattutto quando sono coinvolti temi etici che il legislatore rivendica di rappresentare nell'interesse collettivo.

A questo punto, è utile richiamare l'attenzione sul nodo centrale della questione: il legislatore, in tema di maternità surrogata, ha introdotto una clausola di giurisdizione extraterritoriale incondizionata, basata sul criterio della personalità attiva. Ciò è avvenuto nonostante l'esistenza di una norma codicistica che già consentiva di perseguire il cittadino per fatti commessi all'estero, subordinando tuttavia l'azione penale a una valutazione discrezionale dell'autorità amministrativa in base alla gravità del fatto e alla normativa vigente nel luogo del reato. Tale potere selettivo avrebbe potuto, in maniera più lungimirante, essere preservato, invece di essere eluso tramite una deroga che, di fatto, finisce per equiparare situazioni umane profondamente eterogenee, non tutte connotate da pari disvalore penale né meritevoli di identica risposta sanzionatoria¹⁸⁶.

Chiaramente la nuova disciplina, che incide sulla concreta punibilità del fatto, ha un contenuto sostanzialmente punitivo che non può avere effetto

¹⁸⁵ A. SCHILLACI, *Gestazione per altri, relazioni tra ordinamenti e ragionevolezza: il diritto penale italiano come misura del mondo?*, cit., p. 151.

¹⁸⁶ V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità arriva nella legge "Varchi"*, cit., pp. 1-53.

retroattivo ex art. 7 CEDU. Per via della riforma, la struttura temporalmente dilatata della condotta dai confini incerti ha comportato lo spostamento dell'attenzione dal *locus* al *tempus commissi delicti*, agli effetti della successione di leggi penali nel tempo. L'incertezza sui confini della condotta di "realizzazione" si riflette sull'ambito di applicazione della nuova disciplina, in quanto, se una parte della condotta si è realizzata sotto la vigenza della nuova disciplina, non v'è dubbio che scatti l'applicazione incondizionata della legge penale agli italiani coinvolti, genitori committenti in *primis*. Se, come ritiene la maggior parte della dottrina, il reato si consuma con la consegna del nato e questa avviene dopo l'entrata in vigore della legge di riforma, trova applicazione la nuova disciplina più severa. Tuttavia, questa soluzione sarebbe irragionevole perché non terrebbe conto del fatto che tale disciplina opererebbe retroattivamente rispetto a gravidanze iniziate durante la vigenza di un regime normativo più favorevole. Senza contare che la gestante si troverebbe dinnanzi ad un'alternativa paradossale, qualora i genitori committenti, a fronte delle conseguenze penali, non fossero più disposti ad accogliere il nato.

Per ridurre il danno che deriverebbe dalle scelte irragionevoli operate dal legislatore italiano, bisognerebbe interpretare la condotta di "realizzazione" in termini restrittivi, considerando come termine ultimo di consumazione del reato quello di concepimento nel corpo della gestante¹⁸⁷.

3. Considerazioni critiche: l'uso simbolico del diritto penale nella legge n. 169/2024.

Prima di addentrarsi nel discorso che riguarda specificamente l'uso simbolico del penale rispetto al fenomeno della surrogazione di maternità, quindi in riferimento alla l. n. 169/2024, che amplia i margini ai fini della configurazione del reato di maternità surrogata, eleggendolo a "reato universale", è bene parlare dell'opzione di politica criminale del ricorso al diritto penale in generale.

¹⁸⁷M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, cit., pp. 138-139.

Al fine di parlare della scelta di ricorrere allo strumento del diritto penale per far fronte a comportamenti ritenuti nocivi, è necessario, anzitutto, tratteggiare il contesto all'interno del quale tale scelta viene operata.

Quello in discorso è un contesto sociale e politico nel quale ha preso forma la società della sicurezza e che vede instaurarsi al proprio interno una modalità di governo neoliberale¹⁸⁸ su un mondo globalizzato, dominato dal capitale finanziario, in cui si indeboliscono la maggior parte degli Stati nazionali e la loro capacità di produrre sicurezza sociale attraverso un *welfare* finanziato tramite la tassazione progressiva. V'è chi parla di un passaggio dallo stato sociale allo stato penale, proprio per mettere in luce il rapporto che intercorre tra la crisi del *welfare* e le richieste di sicurezza che si traducono in «populismo penale», il quale produce un irrigidirsi ed estendersi della repressione penale¹⁸⁹.

È all'interno del modello culturale neoliberale che acquisisce centralità la nozione di vittima, e che si produce uno slittamento dal paradigma dell'oppressione al paradigma della vittimizzazione. Paradigma, quest'ultimo, legato al movimento del femminismo punitivo, col quale condivide l'origine, ossia la battaglia cui ha preso parte una frazione del movimento femminista per modificare il reato di violenza sessuale.

L'intenzione alla base di questa battaglia, iniziata nel 1979, era di riportare in scena i “soggetti” attraverso l'uso del potenziale simbolico del penale e del linguaggio del penale: da un lato si spostava la colpa dal sistema verso gli autori del reato (autori che acquisivano un nome e un cognome); dall'altro lato si cercava la legittimazione in quanto soggetti politici, tramite l'assunzione dello statuto di vittime. Il passaggio dal paradigma dell'oppressione a quello vittimario è centrale, poiché l'oppressione fa riferimento ad una condizione che riguarda la biografia, complessiva, di un individuo e lo collega ad altri ed altre nella stessa condizione;

¹⁸⁸ È un modello che si basa su due capisaldi: rischio e prevenzione.

¹⁸⁹ Per approfondire il tema si segnala ANASTASIA S., ANSELMINI M., FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, 2. Ed., Wolters Kluwer, Milano; CEDAM, Padova, 2020.

la vittima, contrariamente, evoca una singola azione attuata da singoli, sulla base della quale ci si può associare ad altri che hanno subito la stessa azione.

L'assunzione dello statuto di vittima¹⁹⁰ diventa l'unico modo per fare sentire la propria *voice*, infatti le vittime e i gruppi di vittime è sulla base di tale statuto che chiedono riconoscimento politico e sociale.

La società liberale si manifesta, così, come una società piatta: l'ampio uso del penale porta alla definizione di sé come "vittima"; il penale viene usato per il suo potenziale simbolico¹⁹¹, pur non essendo esso la soluzione ma una parte del problema, perché riduce processi e fenomeni complessi ad una sola dimensione, quella penale appunto. Ne deriva una lettura semplificata della società; una lettura che fa perno esclusivamente sulla logica binaria, per cui ciò che esiste è esclusivamente l'antagonismo tra "buoni" e "cattivi", perbene e permale. Questo appiattimento è tipico dei processi di securitizzazione e del tutto coerente con la razionalità politica neoconservatrice.

Quindi, questo è il contesto, culturale e sociale, all'interno del quale si è manifestata la propensione all'utilizzo del diritto penale, come scelta per far fronte alle varie istanze di tutela e protezione che sono emerse nell'ambito della surrogazione di maternità. A fronte del contesto delineato diventano abbastanza intuitive le risposte ai quesiti che si è posta Tamar Pitch:

«Perché molti e molte, quando vogliono contrastare comportamenti che considerano nocivi, pensano subito di vietarli penalmente? Perché questo succede anche in movimenti politici il cui obiettivo è la libertà dallo sfruttamento, dall'oppressione, dalla violenza dei gruppi di cui si fanno portavoce? Perché, in particolare, questo succede in un movimento come quello femminista, che è rinato (in Italia, ma non solo) contro la rappresentanza (ognuna parla di sé, a partire da sé), nel contesto delle spinte autoritarie degli anni '60?»¹⁹².

¹⁹⁰ Statuto che produce un conflitto interno volto a determinare chi sia la vittima più vittima, quella davvero meritevole.

¹⁹¹ Quando si parla di potenziale simbolico del penale si intende dire che la scena penale è molto evocativa. L'appello al diritto penale può avere molti scopi e funzioni, e tra queste vi sono senz'altro ragioni pedagogiche e simboliche, poiché diritto e giustizia penale se è vero che dicono soltanto ciò che è lecito e ciò che non lo è, in qualche modo però vengono usate per descrivere ciò che è "bene" e ciò che è "male". È questo l'aspetto che prevale. Il linguaggio penale è fortemente evocativo.

¹⁹² T. PITCH, *Il malinteso della vittima: una lettura femminista della cultura punitiva*, cit., p. 52.

Perché, al netto del continuo mutamento che coinvolge le risposte a queste domande, bisogna tenere a mente qual è la percezione della pena nel sentire comune, il suo rimandare al giusto castigo, all'idea che tutela e protezione non possono che venire dalla giustizia penale. La giustizia penale sembra offrire una soluzione semplice, a portata di mano. E il femminismo punitivo, che nasce nel solco di questo terreno, avvalga l'idea che la "giustizia" sia la "giustizia penale"¹⁹³.

All'interno di questo discorso, ampio e generale, si inserisce la questione attinente alla GPA, e alla scelta del diritto penale come strumento di controllo, ma soprattutto di repressione della stessa.

Come si è detto esaurientemente nel primo capitolo¹⁹⁴, la GPA è una pratica complessa, che può essere attuata in vario modo, che assume forme diverse a seconda dei contesti giuridici, sociali e medici in cui si realizza.

Nella maggior parte dei casi, essa si avvale delle tecnologie di procreazione medicalmente assistita, e consiste nell'accordo attraverso il quale una donna si presta a portare avanti una gravidanza per conto di un'altra persona o di una coppia, che sarà riconosciuta come genitore sociale o legale del bambino alla nascita. Nonostante le tecnologie applicate all'ambito della procreazione ne abbiano profondamente cambiato lo scenario sui piani più disparati (simbolico, culturale, ed empirico), ciò che è rimasto immutato è il ruolo, centrale, occupato dalle donne nella riproduzione.

Proprio per via della centralità occupata dalle donne nella riproduzione, le questioni che sono emerse attorno alla maternità surrogata sono anche, se non soprattutto, morali. Sul piano morale la questione può essere risolta diversamente a seconda dei principi morali adottati.

¹⁹³ Si è fatto riferimento, oltre che all'opera precedentemente citata di T. Pitch a: T. PITCH, *La questione sicurezza*, Università di Perugia; F. BORLIZZI, *Questione di sicurezza e femminismo punitivo: intervista a Tamar Pitch*, ANNO XVII, n. 1; T. PITCH, A. PUGIOTTO, *L'odierno protagonismo della vittima. Un dialogo tra Tamar Pitch e Andrea Pugiotto*, in "Studi sulla questione criminale", n. 3, 2019, pp. 111-122.

¹⁹⁴ In particolare alle pp. 1-30.

La massima kantiana della morale impone che: «L'uomo non può essere trattato da nessuno come un semplice mezzo, ma deve sempre essere trattato nello stesso tempo come un fine; e precisamente in ciò consiste la sua dignità»¹⁹⁵. Sulla base di questa massima, qualunque forma di mercificazione e sfruttamento del corpo della donna, ridotto a “cosa” per fini non suoi, deve essere giudicato immorale. Bisogna, pertanto, distinguere tra la surrogazione di maternità attuata per libera scelta, e quella frutto di uno sfruttamento del corpo della donna. Le tesi liberiste ritengono, al contrario della massima kantiana, che la surrogazione di maternità sia sempre libera, anche quando il contesto nel quale avviene è intriso di disuguaglianze e non vede che condizioni miserabili. Tuttavia, a prescindere dalla tesi cui si aderisce, è incontrovertibile che non vi sia spazio per la generalizzazione sul piano morale. Se si aderisce ad un'etica laica e razionale non si può impostare la questione morale sul binomio sì-no, accettazione-rifiuto della maternità surrogata. Non è questo lo statuto dei giudizi morali¹⁹⁶.

Inoltre, la complessità della questione morale si scontra con la complessità della pratica della surrogazione di maternità che non può essere ridotta a istanza di sfruttamento, dominio, patriarcato, così come le donne che portano in grembo un figlio per altri non possono essere ridotte e vittime, esattamente come non possono esserlo i bambini nati attraverso il ricorso a tale pratica.

La l. n. 169/2024 è l'esito della crociata contro la GPA iniziata nel 2015 in Europa. I giornali lanciavano appelli alla comunità internazionale chiedendo di mettere al bando la GPA; nel rapporto *De Sutter* si condannava la gravidanza a titolo oneroso, ma si vedeva uno spiraglio per quella altruistica; si promuovevano iniziative del tenore di quelle di *No Maternity Traffic* e *Stop Surrogacy Now*, sostenute da gruppi sociali, politici e religiosi eterogenei che trovavano però un punto d'accordo nel ritenere che la surrogazione di maternità riducesse le donne

¹⁹⁵ I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Licenze della voce, 1797.

¹⁹⁶ L. FERRAJOLI, *La questione della maternità surrogata tra diritto e morale*, in “Alternative per il socialismo”, n. 40, pp. 142-147.

alla stregua di oggetti e che fosse quindi necessario utilizzare il c.d. modello nordico per reprimere tale pratica¹⁹⁷.

La richiesta, venuta da più parti, di introdurre un divieto universale di GPA è stata promossa attraverso la costruzione dello statuto di “vittime” per coloro che si fossero fatte portatrici del progetto genitoriale altrui. Si è fatto, inoltre, leva, sulla mistica della maternità, sulla criminalizzazione dei clienti (in linea col modello nordico), nonché sulla differenza sessuale tramutata in principio biologico capace di contenere l’essenza, l’identità, del femminile¹⁹⁸. Tuttavia, il femminismo che condanna la *surrogacy* cade in una contraddizione interna, perché le ragioni su cui fa leva per metterla al bando, sono le stesse contro le quali ha lottato in favore dell’aborto, della contraccezione, delle forme alternative di famiglia e dell’accesso della donna al mondo del lavoro¹⁹⁹.

Ma cosa implica criminalizzare?

Tamar Pitch²⁰⁰ a tal proposito scrive:

«Non si tratta solo dell’aggiunta di qualche altro comportamento alla lista dei reati esistenti: comporta anche una revisione concettuale e cognitiva di questi comportamenti, la quale revisione implica la creazione di un nuovo sapere attorno ad essi. Richiedere la criminalizzazione di un certo atto vuol dire insomma problematizzarlo in un modo particolare: se la soluzione di un problema è parte del problema, la risposta criminalizzante entra nella caratterizzazione di quel problema. E poiché la risposta criminalizzante è in linea di principio una risposta rigida, che non permette gradazioni, atteggiamenti conoscitivi elastici e articolati, essa trasmette queste caratteristiche al problema, lo riduce entro questi termini».

¹⁹⁷ Tra i movimenti nati per contrastare la surrogazione di maternità figurava anche “Se non ora quando-Libere”, che lanciava un appello contro la pratica dell’utero in affitto, poiché rifiutava di considerare la surrogazione di maternità come un atto di libertà o un atto d’amore. Attraverso la petizione promossa si intendeva mettere al bando, su scala globale, la *surrogacy*, in quanto pratica inaccettabile, anche se resa possibile dalla tecnica e promossa in nome di diritti individuali, perché comunque volta a rendere e trattare la donna come un oggetto, anziché a disposizione del patriarca, a disposizione del mercato.

L. GUIZZARDI, *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, in “Quaderni di teoria sociale”, n. 2, 2018, p. 79.

¹⁹⁸ T. PITCH, *Il malinteso della vittima: una lettura femminista della cultura punitiva*, cit., pp. 61-63.

¹⁹⁹ All’interno del dibattito sono individuabili quattro voci contrastanti. Da una parte, il Parlamento, un movimento femminista e la scienza si pongono nettamente contrari alla pratica della *surrogacy*; dall’altra, la giustizia ne legittima una in virtù della bontà di un progetto genitoriale condiviso.

L. GUIZZARDI, *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, cit., p. 80.

²⁰⁰ T. PITCH, *Il malinteso della vittima: una lettura femminista della cultura punitiva*, cit., pp. 63.

Ossia, criminalizzare la GPA semplifica la questione, al punto da impedirne una lettura capace di interrogare i contesti sociale, economico, relazionale, affettivo e culturale in cui essa avviene. Ciò che si mette in luce è proprio questo: attraverso l'affidamento della questione esclusivamente al diritto penale, lo si utilizza simbolicamente, per ergere la GPA a male universalmente riconosciuto, facendo leva sulla funzione pedagogica del penale e sulla sua capacità di far diventare coloro che ne promuovono la criminalizzazione interlocutori politici riconosciuti, autorevoli.

La fattispecie delineata dall'ordinamento italiano di surrogazione di maternità esprime una scelta amplissima di incriminazione, che intende coprire qualsiasi forma di maternità surrogata. Si è parlato di un'opzione frutto di «Tabù irrazionalmente accolti»²⁰¹. Considerando l'ampiezza dell'incriminazione adottata dalla legge italiana, nonché i profili di indeterminatezza che la caratterizzano e la pluralità di assetti normativi presenti in altri ordinamenti, è lampante il paternalismo della riforma: «Espressione di una idea di Stato tutore della moralità dei suoi cittadini, ovunque vadano», in contrasto: «Con i principi del liberalismo politico»²⁰².

Molto complesso è il piano sanzionatorio cui è ontologicamente connesso il diritto penale, cioè: come si dovrebbero punire i genitori intenzionali, cittadini italiani, che hanno fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata, laddove la pratica era ammessa? Tenzialmente, chi chiede l'apposizione di questo tipo di divieto, tanto più se reso universale, fatica ad esprimersi sulla sanzione da comminare a chi quel divieto lo infrange. Uno dei rischi della criminalizzazione è proprio questo, infatti: creare più danni che benefici per coloro che si vorrebbe proteggere.

Sul versante della funzione rieducativa della pena:

²⁰¹ S. MOCCIA, *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in "Critica del diritto", n. 4, 1998, p. 253.

²⁰² D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici [Nota a sentenza] Maternità surrogata all'estero e alterazione di stato*, Sez. VI, 11/10/2016, n. 48696, in "Cassazione penale", n. 4, p. 1372.

«La presunzione di considerare ‘meritevole di rieducazione tramite pena’ il nostro concittadino che abbia tenuto un comportamento, avversato dalla norma italiana, in altro Paese che non lo stigmatizza affatto, confonde la socializzazione con l’obbligo di rimanere sempre e ovunque fedeli alle scelte di valore espresse dallo stato di appartenenza»²⁰³.

Cioè, considerare in maniera assoluta e aprioristica “meritevole di rieducazione tramite pena” il proprio concittadino che tiene un comportamento contrario alla normativa italiana, ma non alla legge del luogo in cui l’ha posto in essere, porta a confondere l’integrazione nella società, nonché l’adesione ai valori che la permeano, con un’imposizione di fedeltà cieca e assoluta ai valori italiani, anche quando ci si trova all’estero. Ma è evidente la limitatezza e l’inadeguatezza di un approccio sì fatto.

Tant’è che sono state identificate quattro ragioni per le quali non è opportuno che la maternità surrogata venga resa reato universale²⁰⁴. La prima ragione attiene alla inefficacia della proibizione penale. Il diritto penale verrebbe usato esclusivamente in senso declamatorio, per affermare a livello giuridico un principio morale, nemmeno condiviso da tutti, bensì solo da alcuni, producendo, conseguentemente, una lesione alla laicità e del diritto e della morale. La seconda ragione risiede nella difficoltà, od addirittura impossibilità, di accertare la libertà, oppure la forzatura, determinante la scelta di prestarsi alla GPA. La terza ragione è che l’identificazione della maternità surrogata come reato universale attraverso la legge n. 169/2024 fa sì che la pratica continui ad esistere, ma clandestinamente, con costi più alti, in termini non solo economici, e garanzie minori, sia per le madri surrogate, che per le bambine e i bambini nati attraverso il ricorso alla pratica. Infine, la quarta e ultima ragione individuata è data dal danno provocato alle bambine e ai bambini nati attraverso il ricorso alla GPA, la cui nascita verrebbe stigmatizzata, additata come illegittima e criminosa.

²⁰³ A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bua e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, cit., p. 162.

²⁰⁴ L. FERRAJOLI, *La questione della maternità surrogata tra diritto e morale*, cit., pp. 142-147.

In riferimento alla terza ragione individuata, si noti che la Corte EDU ha cercato di mitigare la portata dei divieti dei Paesi europei proibizionisti; lo ha fatto limitando la discrezionalità in capo ai singoli Paesi, facendo leva sul *best interest of the child*, sul diritto alla *privacy*, sul diritto ad avere uno *status filiationis* certo, nonché sui diritti a veder riconosciuta e tutelata la relazione affettiva con i propri genitori, siano essi biologici o solo intenzionali, ed alla cittadinanza. È evidente, come si è da più parti sottolineato, che la massima di origine romanistica per cui *mater semper certa est* non sia più un assunto vero in senso assoluto: madri lo si può essere, grazie all'ausilio delle nuove tecnologie, non solo portando in grembo e partorendo il proprio figlio²⁰⁵.

Molte femministe italiane si sono espresse chiedendo una legge che anziché vietare, riconosca il diritto della *porteuse*, cui deve rimanere l'ultima parola, e che sia un diritto in grado di tutelare tutte le parti in causa, e questo può avvenire anche senza la previsione del divieto universale.

Se la vera intenzione sottesa alla legge sulla GPA è preservare e rendere effettiva la libertà femminile, allora la maternità surrogata non può essere vietata una volta per tutte. Piuttosto, ciò che si rende necessario è una regolamentazione che abbia come principio cardine ed ineludibile la centralità delle donne nel processo riproduttivo²⁰⁶.

Infatti, i reati che sono assoggettati alla incondizionata estensione della giurisdizione italiana rispondono a diverse *rationes*, che variano di volta in volta (talvolta vengono in considerazione interessi riconosciuti di valore universale, talaltra sono fattispecie rispetto alle quali in ambito internazionale c'è una convergenza sulla necessità di apprestare strumenti penali di controllo, e così via).

Alla luce dell'attuale contesto normativo, la l. n. 169/2024 risuona come una nota stonata rispetto all'armonia delle *rationes* che sorreggono l'estensione della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero, perché né il tipo di reato, né i livelli di pena giustificano ragionevolmente la scelta del legislatore: non rileva

²⁰⁵ Oltre che per adozione.

²⁰⁶ T. Pitch, *Il malinteso della vittima: una lettura femminista della cultura punitiva*, cit., pp. 64-68.

il principio di difesa, né la necessità di apprestare tutela a interessi universali o che godono di ampia condivisione su scala internazionale, per questo si parla di “uso simbolico del diritto penale”²⁰⁷.

²⁰⁷ M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, cit., pp. 141-142.

Capitolo Quarto

POSSIBILI SCENARI E PROSPETTIVE DI RIFORMA ALLA LUCE DELLE ESPERIENZE COMPARATE E DELLA GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE.

SOMMARIO: 1. L'opportunità di ricorso al diritto penale al cospetto del bilanciamento tra interessi costituzionalmente e convenzionalmente tutelati. 2 - Quali spunti dall'analisi comparata: mappatura dei modelli e profili caratteristici del paradigma di tutela italiano. 3 - Come affrontare le istanze di tutela (della donna e del nascituro) in assenza del diritto penale, alla luce dei processi di globalizzazione delle norme sociali e dei mercati?

1. L'opportunità di ricorso al diritto penale al cospetto del bilanciamento tra interessi costituzionalmente e convenzionalmente tutelati.

All'interno della nostra società esiste una sorta di paradosso quando si parla di corpo umano: da un lato si manifestano i tentativi di vietare, attraverso il diritto penale, alcune pratiche e alcune decisioni che riguardano il corpo, come avviene per la prostituzione e la gestazione per altri; da un altro lato si assiste alla tendenza opposta, ossia, a un totale disinteresse a regolamentare, o quanto meno a un disinteresse tale da lasciare delle maglie molto più ampie all'autonomia personale, rispetto ad alcuni comportamenti che pur incidendo permanentemente sui corpi e rappresentando un rischio, più o meno grande, per la salute di chi vi si sottopone, vengono annoverati nella sfera della libertà e dell'autonomia individuale; è il caso di tatuaggi, piercing, operazioni di medicina o chirurgia estetica, della donazione di organi (anche tra viventi, non necessariamente legati affettivamente o consanguinei) e delle modificazioni dell'identità sessuale e di genere²⁰⁸.

La gestazione per altri rientra nell'ambito delle pratiche che hanno come protagonista il corpo, in particolare quello femminile, che vengono vietate dal

²⁰⁸ Per una ricostruzione dettagliata di questo tema R. DAMENO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, in "Studi sulla questione criminale", n. 2, 2016, pp. 9-41.

diritto penale, nello specifico, in Italia, dalla legge n. 40/2004, all'art. 12, c. 6, come modificato dalla legge n. 169/2024.

Si è convinti che il divieto penale, in quanto tale, si ponga a salvaguardia di beni fondamentali, tali da poter fungere da controlimite a beni del rango del *best interest of the child* o del rispetto alla vita privata e familiare.

Ma le scelte di incriminazione sono frutto di opzioni politiche contingenti e discutibili, non necessariamente volte a soddisfare esigenze imprescindibili e incompressibili. Tali scelte incriminatrici dovrebbero essere strumentali rispetto a dei programmi di tutela costituzionali, ma non sempre sono rispettose di tale parametro. Pertanto, presumere *sic et simpliciter* che il divieto, in quanto ed esclusivamente perché penalmente sanzionato, si ponga a tutela di beni pari, o financo superiori, all'interesse del minore ad una tendenziale corrispondenza tra genitorialità affettiva/sociale e giuridica è, quanto meno, azzardato. Tant'è che né la Corte costituzionale, né le Sezioni Unite deducono la superiorità del bene tutelato dalla natura penale del divieto. Anzi, i giudici possono sviluppare un ragionamento opposto e controintuitivo, cioè che sia dalla scelta di incriminare che promana la necessità di tutelare valori fondamentali, che vengono rinvenuti di volta in volta nella “dignità della donna”, le “fondamentali relazioni umane”, la “dignità della gestante” e “l'istituto dell'adozione”: sicché sarebbe la stessa scelta incriminatrice a garantire la *veritas* nei rapporti riguardanti le madri e i figli.

Anche siffatto ragionamento non è privo di critiche ed esente da dubbi.

Anzitutto, che sia la “dignità” il bene giuridico tutelato attraverso la predisposizione del reato è da dimostrare.

Ed anche se lo fosse, nel dibattito penalistico in materia, al più emerge un tendenziale, ma parziale, consenso rispetto all'idea che la surrogazione di maternità a fini di lucro contrasti con quella specifica declinazione della dignità

che corrisponde al divieto di “far mercanzia del proprio corpo”, consolidato nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea²⁰⁹.

I penalisti da tempo mettono in guardia circa l’opportunità di collegare il senso di un’incriminazione che necessiterebbe di riferimenti di offensività solidi, a un bene nebuloso quale la “dignità”: molto evocativo, ma assai poco denotativo di un’offesa empiricamente rilevabile, che retoricamente è strumentalizzabile ai più diversi fini²¹⁰.

Anche per quanto attiene al riferimento alla salvaguardia delle “fondamenta delle relazioni umani”, tanto suggestivo e categorico, quanto impreciso nel contenuto, difficilmente rilevabile a livello empirico, oltre che insensibile all’ampio spettro di sfumature delle diverse fattispecie riconducibili al concetto di surrogazione di maternità, il discorso è analogo. Sicché, lascia perplessi questo sviamento dell’attenzione da un bene estremamente concreto e personalistico, dall’indubbia tenuta costituzionale, quale il *best interest of the child*, misurabile in rapporto alla realtà delle sue relazioni affettive e sociali, a favore, invece, di esigenze dalla portata così astratta²¹¹.

Avendo riguardo al bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice così formulata, sorgono dei dubbi circa l’adeguatezza e l’efficacia della stessa; ma il bene giuridico non è l’unico elemento a far suscitare perplessità sia rispetto alla necessità, in senso assoluto, di ricorrere al diritto penale in materia di GPA, sia rispetto alla stessa formulazione del divieto.

²⁰⁹ Circa l’oggetto della tutela del divieto: A. G. GRASSO, *Per un’interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in “Teoria e Critica della regolazione sociale”, n. 2, 2018, pp. 153-190.

²¹⁰ Al penalista suscita forti perplessità il riferimento alla “dignità umana” (e ad altri interessi della madre o del figlio) quale bene giuridico tutelato dal reato di surrogazione di maternità e, più in generale, da divieti penalmente sanzionati nell’ambito del biodiritto. A tal proposito si segnala A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012.

Sulla dignità come oggetto giuridico della fattispecie e sugli altri profili negativi della pratica tradizionalmente evidenziati dai suoi avversari si segnala H. BRAHO, *Motherhood Surrogacy: Progress or Exploitation?*, in “European Journal of Sustainable Development”, n. 2, 2015, pp. 235-242.

²¹¹ A. VALLINI, *Surrogazione di normatività. L’impianto dello sterile delitto di “gestazione per altri” in argomentazioni privatistiche*, in “disCrimen”, 2020, pp. 18-20.

Come detto diffusamente, la maternità surrogata viene prevista come reato dall'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004, che punisce: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità»²¹². Questi reati, eterogenei tra di loro, sono sottoposti alla stessa pena: la multa da 600.000 a un milione di euro e la reclusione da tre mesi a due anni.

Il reato prevede tre diverse condotte: realizzare, organizzare o pubblicizzare la surrogazione di maternità. Sono condotte libere, dall'ampia portata, alternative tra di loro e collocate, da un punto di vista logico, su diversi livelli di tutela, secondo una ideale progressione lesiva: alla pubblicizzazione segue l'organizzazione e, infine, la realizzazione della surrogazione di maternità. Sono condotte che segnano una forte anticipazione della punibilità e si caratterizzano per il fatto che sono tanto più determinate quanto più ci si allontana dall'esecuzione in senso stretto della procedura.

Infatti, non pone problemi indicare cosa si intenda per “pubblicizzazione”: essa consiste nella diffusione di informazioni o annunci che promuovono le pratiche vietate. La pubblicità può avvenire tramite media tradizionali, internet o altri canali di comunicazione. Più complesso è definire cosa si intenda per “organizzazione”. Sicuramente include il fatto di chi svolge funzioni di direzione delle attività direttamente volte alla GPA, ma anche il complesso di attività delle agenzie che fanno da tramite tra committenti e strutture in cui si partorisce o che seguono la gestione amministrativa anche dopo il parto. In altre parole, riguarda la predisposizione e la strutturazione dell'attività vietata. Ciò include la creazione di strutture o reti che facilitano la commercializzazione di gameti o embrioni o la realizzazione di maternità surrogata. Ancora più complesso è definire la “realizzazione”, che tra l'altro è la condotta più interessata dalla riforma, perché sono chiamati a risponderne i cittadini italiani, mentre le altre due fattispecie possono essere realizzate dal personale amministrativo e medico della struttura,

²¹² In particolare al capitolo terzo, pp. 114-143.

nonché dalle agenzie che svolgono attività di intermediazione. È chiaro che se si fanno rientrare nel perimetro delle condotte di “realizzazione” e “organizzazione” anche le attività propedeutiche alla fecondazione della *porteuse* allora l’ambito applicativo della fattispecie si amplia notevolmente.

Tutte queste condotte sono volte a determinare la surrogazione di maternità che, come si è da più parti rilevato, se è vero che è un concetto delineabile tutto sommato abbastanza agilmente e in modo chiaro a livello scientifico, non lo è però a livello giuridico, per via della mancanza di una definizione precisa della surrogazione di maternità²¹³. Questa indeterminatezza si scontra con alcuni principi di ordine generale del diritto penale e dà vita a numerosi ed eterogenei tentativi di ricostruzione. Secondo una prima interpretazione dottrinale, la realizzazione della maternità surrogata ricomprende qualsiasi accordo, formalizzato in qualunque modo, finalizzato a tale scopo. Una diversa lettura, più restrittiva, ritiene, invece, punibili solo le pratiche mediche che comportano una completa dissociazione tra madre genetica e madre gestazionale: ad esempio, quando una donna feconda il proprio ovocita e affida l’embrione a un’altra donna per la gestazione²¹⁴.

²¹³ La stessa nozione di GPA non è priva di incertezze: si rimanda a T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, n. 4, 2017 pp. 1391-1431; V. TIGANO, M. MARCO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 350.

²¹⁴ A proposito del dibattito: M. LAFORGIA, D. TARANTINO, *Sulle proposte in materia di maternità surrogata: le pretese espansive del legislatore penale tra paternalismo e simbolismo*, in “L'Osservatorio sul diritto di famiglia Diritto e processo”, n. 2, 2023, reperito al sito www.osservatoriofamiglia.it (ultimo accesso: 10/07/2025).

Esemplificativamente a sostegno di una interpretazione restrittiva: V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella P.M.A.*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 200 ss.; A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bua e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in “Genlus”, 2024, pp. 23-31; T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, n. 4, 2017, pp. 1391-1431.

Per l’interpretazione ampia si segnala, a livello giurisprudenziale: Corte di Cassazione, civ. sez. un., sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162, con la quale la Corte afferma che «qualsiasi forma di surrogazione di maternità, sul presupposto che solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità» è vietata, «indipendentemente dalle modalità della condotta o dagli scopi perseguiti».

Una parte dei sostenitori di quest'ultima tesi qualifica la maternità surrogata come reato proprio dell'operatore sanitario, con eventuale concorso dei genitori committenti, mentre la gestante potrebbe essere considerata persona offesa.

Queste diverse impostazioni influiscono sul momento di consumazione del reato: per la tesi più ampia, il reato si perfeziona con il semplice accordo tra le parti; per chi limita l'ambito alle pratiche mediche, la consumazione avviene con il parto (tesi sostenuta anche dalla giurisprudenza); per altri ancora, il reato si consuma con la consegna del neonato ai committenti, ossia al completamento della procedura²¹⁵.

Prima della riforma del 2024, la fattispecie di reato così delineata e descritta era fondamentalmente lettera morta. V'era una certa riluttanza a punire in Italia ciò che era permesso altrove. Pertanto, c'era la tendenza a sussumere la dissociazione della maternità sociale da quella biologica e/o genetica, all'interno di altre fattispecie di reato, quali l'alterazione di stato nella formazione di un atto di nascita o nella falsa attestazione a pubblico ufficiale sull'identità propria o altrui.

Con l'intervento della riforma del 2024 si è aggiunto 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».

La nuova incriminazione che ha così preso vita è entrata in vigore il 3 dicembre 2024. Come sin qui detto, la condotta illecita che il nostro ordinamento intende punire è individuata in quelle pratiche che, principalmente attraverso il ricorso alle tecniche di PMA, creano una discrasia tra la maternità sociale e la maternità biologica e/o genetica; pertanto la consumazione del reato andrebbe individuata nella conclusione della gravidanza, che corrisponde al momento del parto.

²¹⁵ Per la tesi più ristretta, che posticipano il perfezionamento del reato: M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *Procreazione assistita: fonti, orientamenti, linee di tendenza: commento alla Legge 19 febbraio 2004*, cit., pp. 212-214; T. TRINCERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, cit., pp. 1391-1431; per la tesi più ampia, che anticipa il momento del perfezionamento del reato: A. B. FARAONI, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, in *Il diritto privato oggi*, cit. pp. 13-55; M. DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in "Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario", n. 3, 2015, pp. 917-940.

È necessario chiedersi a chi si rivolge questa previsione; ossia chi siano i soggetti attivi del reato. Il pronome generico “*chiunque*” include anche i committenti che accedono al percorso di GPA²¹⁶, oltre al medico che pone in essere la pratica. Dunque, rispondono del reato tutti i soggetti coinvolti nell’applicazione della tecnica²¹⁷. Tuttavia, v’è chi fonda la responsabilità dei genitori biologici sull’istituto del concorso di persone ex art. 110 c.p.²¹⁸, laddove questi abbiano contribuito alla dissociazione di maternità (tale ipotesi risulta ricorrente nella prassi, considerato che l’iniziativa alla base di simili condotte origina, nella maggior parte dei casi, proprio dalla volontà di questi ultimi). Questa lettura si fonda su una nozione ristretta di autore, che porta a far rispondere delle condotte di organizzazione e realizzazione solo il personale medico ed amministrativo che partecipa materialmente alla procedura. Il risultato non cambia dal punto di vista della punibilità.

Se si aderisce a questa lettura più ristretta di autore è necessario ragionare su quali di questi soggetti potranno effettivamente rispondere del delitto in esame quando commesso all’estero.

Molto semplice da analizzare e risolvere è la situazione in cui tutti i soggetti coinvolti sono di nazionalità italiana, mentre si complica notevolmente se i soggetti coinvolti sono di diverse nazionalità. A quest’ultimo proposito sono ipotizzabili diversi scenari. Quelli che qui si considerano sono essenzialmente due²¹⁹. Nel

²¹⁶ Questa lettura si ricava dall’art. 12, c. 8, l. n. 40/2004 che esclude la punibilità dell’uomo o della donna cui sono applicate alle fattispecie previsti ai commi precedenti (1, 2, 4, e 5). La mancata menzione del comma 6 è indicativa della estensione della fattispecie penale anche ai committenti.

In questo senso E. DOLCINI, *La procreazione medicalmente assistita; profili penalistici*, in “Trattato di biodiritto. Il governo del corpo”, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1537-1602; M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, cit., p. 131.

²¹⁷ In tal senso G. LOSAPPIO, *Procreazione assistita* in “Commentario breve alle leggi penali complementari”, (a cura di) F. PALAZZO, C. PALIERO, Padova, 2008, p. 2063; T. TRINCERA, *Limiti spaziali all’applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all’estero*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, n. 4, 2017, pp. 1402-1431; V. TIGANO, M. MARCO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, n. 98, Giappichelli, Torino, 2019, p. 386.

²¹⁸ Sul concorso di persone G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2023, pp. 511-561.

²¹⁹ N. ZAMMARCI, *La sanzione all’estero della «maternità surrogata». Considerazioni sulla l. n. 169 del 2024*, cit., pp. 11-16.

primo scenario, lo staff medico della clinica estera è italiano e i genitori intenzionali provengono da un Paese in cui la pratica è consentita; nel secondo, il personale medico è straniero e i genitori intenzionali sono italiani.

«Nel primo caso non vi sono dubbi ad affermare l'astratta punibilità dei medici italiani che praticano la surrogazione di maternità all'estero, la questione si complica per i genitori di elezione non italiani. Questi soggetti, privi della qualifica (medici) e non compresi nel fuoco dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004 commesso all'estero (italiani), potrebbero infatti rispondere come concorrenti morali ex art. 110 c.p., sul presupposto della unità del reato eventualmente plurisoggettivo»²²⁰.

Il fatto che la giurisprudenza di legittimità stabilisca una lettura unitaria del reato concorsuale porta a dedurre che i genitori intenzionali stranieri dovrebbero essere, astrattamente, punibili siccome hanno istigato lo staff medico italiano a commettere un fatto di surrogazione di maternità. Questa tesi sarebbe anche confermata dall'essenza dell'art. 110 c.p., che opera come clausola di estensione della responsabilità anche per chi, non menzionato nel precetto monosoggettivo, realizzi comunque la fattispecie tipica agendo con altri soggetti²²¹.

Tuttavia, questa tesi è superata da diversi argomenti²²², in base ai quali va escluso che i genitori intenzionali stranieri possano rispondere come concorrenti nel delitto ex art. 12, c. 6, l. n. 40/2004, commesso dal medico italiano all'estero. Risponderanno eventualmente degli illeciti previsti dal proprio ordinamento.

Tutt'altro discorso vale, invece, per il secondo scenario: genitori intenzionali italiani si recano all'estero per sottoporsi a pratiche di surrogazione di maternità condotte da medici stranieri.

In questa ipotesi non si ravvisano preclusioni ad affermare la responsabilità dei cittadini italiani come concorrenti ex art. 110 c.p. nel reato commesso dal medico straniero e, al contempo, la non punibilità del medico stesso.

²²⁰ N. ZAMMARCI, *La sanzione all'estero della «maternità surrogata»*. Considerazioni sulla l. n. 169 del 2024 cit., p. 12.

²²¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., pp. 512-557.

²²² Per una ricostruzione dettagliata N. ZAMMARCI, *La sanzione all'estero della «maternità surrogata»*. Considerazioni sulla l. n. 169 del 2024, cit., pp. 11-16.

Questa è la naturale conclusione cui si deve giungere alla luce del principio della personalità attiva accolto nel nostro ordinamento per il reato di surrogazione di maternità (ex lege n. 169/2024).

Il medico straniero non può essere punito, proprio perché privo della cittadinanza italiana, ma ciò non esclude la punibilità dei genitori sociali italiani.

Altro tema importante, per vagliare la necessità e l'adeguatezza del ricorso allo strumento del diritto penale, è quello che riguarda la effettività della pena, ossia la concreta applicabilità della pena prevista dal nostro legislatore (la multa da 600.000 a un milione di euro e la reclusione da tre mesi a due anni).

Come diffusamente detto nel precedente capitolo²²³, i primi commentatori individuano nella disciplina introdotta dalla l. n. 169/2024 una deroga implicita alle condizioni ex art. 9 c.p., per cui il procedimento penale contro il cittadino italiano che ha realizzato la surrogazione di maternità all'estero sarebbe possibile anche in assenza di richieste ministeriali (art. 9, c. 2, c.p.) e della presenza del cittadino nel territorio italiano (art. 9, c. 1, c.p.). Per quanto attiene all'indispensabilità, o la trascurabilità, del requisito della doppia incriminazione richiamiamo quanto detto nella presente tesi, senza dilungarci ulteriormente²²⁴. Ma supponendo che si escluda dal novero dei presupposti necessari ai fini dell'applicabilità della fattispecie penale in questione il requisito della doppia incriminazione, e trascurando tutte le criticità che possono venire in rilievo, rimane da valutare che la riforma del 2024 non ha inciso sulla cornice edittale prevista dal legislatore del 2004. Si continua a prevedere una sanzione detentiva breve (da tre mesi a due anni), che rende il delitto compatibile con la sospensione del procedimento con la messa alla prova, con la conversione della pena in una sanzione alternativa alla detenzione ex l. n. 689/1981 e con la sospensione condizionale della pena.

Dunque, alla luce dell'ampliamento del dato normativo e della riflessione riguardante la concreta applicabilità della pena prevista dal legislatore, occorre

²²³ In particolare nel secondo paragrafo, alle pp. 123-135.

²²⁴ L'argomento viene affrontato alle pp. 123-143.

seriamente chiedersi dell'opportunità della scelta di usare il diritto penale *tout court*.

Bisogna rilevare sin da subito che una parte dell'opinione pubblica e dell'ordinamento giuridico ritiene che la GPA rientri nel novero delle pratiche che necessitano di uno specifico controllo da parte dello Stato, in particolare attraverso le regole del diritto penale, in quanto pratica servile, degradante, indice di sfruttamento, quindi sempre e comunque violenta, un danno in sé per sé, contraria all'ordine pubblico e alla morale condivisa. Chi si offre come *porteuse* viene percepita e dipinta come vittima, a prescindere da ogni condizione e da qualsivoglia motivazione personale. È sulla base di questi presupposti che si rintraccia nel diritto penale lo strumento per eccellenza in tema di GPA, valido per tutelare al meglio le vittime ed anche per scoraggiare un comportamento visto come altamente degradante, all'interno della società.

Tuttavia, è questa una visione riduttiva della pratica in sé per sé, nonché del fenomeno che la coinvolge, e che, tra l'altro, non tiene in conto dei rischi dell'uso del diritto, in particolare di quello penale.

Con la legge n. 40/2004, infatti, non solo il divieto di surrogazione di maternità era di difficile applicazione pratica, ma creava degli effetti indiretti che andavano nella direzione opposta rispetto all'obiettivo che si era prefissato il legislatore. Infatti, vietando l'attuazione della pratica in Italia si spingevano di fatto i cittadini italiani all'estero, ove la pratica non solo era tollerata ma anche lecita, seppur a talune condizioni, alimentando il fenomeno del turismo procreativo, e facendo sorgere dei dubbi circa il rispetto del principio di eguaglianza dei cittadini, poiché chi si poteva permettere economicamente di ricorrere alla GPA al di fuori dei confini italiani poteva dare attuazione al proprio progetto di vita familiare, mentre chi non poteva far fronte al costo economico richiesto dalla pratica vedeva quello stesso diritto (alla vita privata e familiare) sanzionato penalmente.

Tuttavia, è prevedibile che anche l'estensione del reato oltre i confini nazionali con la legge n. 169/2024 non sortirà l'effetto desiderato, perché è molto probabile che quello che si otterrà sarà lo stesso risultato che si è sempre ottenuto

con il proibizionismo, ossia che il ricorso a questa pratica continuerà ad esserci ma clandestinamente, e questo priverà le *porteuses*, chi sceglierà di ricorrervi, nonché i neonati sì nati, delle tutele esistenti.

È prevedibile che i nascituri verranno percepiti nell'immaginario collettivo come il frutto di un delitto, facendo quindi tornare in auge quell'idea per cui esistono figli legittimi, e figli che legittimi non lo sono. Senza contare che si mostrerà in tutta la sua evidenza il limite di ciò che dovrebbe svolgere l'attività repellente, ossia della concreta possibilità di applicazione della pena.

Infatti, il legislatore italiano, con la legge n. 169/2024 ha tralasciato di considerare che la categoria dei reati universali, in cui mediaticamente si fa rientrare la GPA, è, e deve essere, espressione di un'istanza punitiva che rileva per l'intera comunità internazionale, in ragione dell'estrema gravità delle condotte e della frequente inerzia che ne ha accompagnato la repressione. Ma la maternità surrogata non è una pratica intrisa, intrinsecamente, di disvalore e quindi della quale si riconosce universalmente la necessità di repressione²²⁵. Non è possibile sanzionarla ovunque e comunque. E proprio in virtù di questa radicale impossibilità bisogna riconoscere l'inadeguatezza del ricorso al diritto penale²²⁶.

²²⁵ A proposito delle ampie possibilità di percezione, nel sentire comune, della pratica della maternità surrogata, nonché delle diverse possibili scelte di regolamentazione od incriminazione, si segnalano: G. CASCIO, N. PATTI, "Surrogacy, dignity and the resulting new families: a comparative analysis." *Rethinking Law's Families and Family Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2024, pp. 104-119; E. GRASSO, E. MOSTACCI, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in "Politica del diritto", n. 2, 2021, pp. 167-184; K. BUSBY, D. VUN, *Revisiting the handmaid's tale: feminist theory meets empirical research on surrogate mothers*, in "Canadian journal of family law", n. 26, 2010, pp. 13-93; L. GUIZZARDI, *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, in "Quaderni di teoria sociale", n. 2, 2018, pp. 79-101.

²²⁶ Seppure *in astratto* il titolo di giurisdizione prescelto dal legislatore italiano risulti conforme al diritto internazionale generale e consenta di ricondurre la nuova fattispecie nell'alveo delle ipotesi speciali ex art. 7 n. 5 c.p., nondimeno, *in concreto*, l'asserita estrema gravità della condotta delittuosa pare smentita anzitutto dalla marcata differenza di regimi normativi che regolano il fenomeno della GPA, anche in Stati che l'Italia considera culturalmente affini, come Stati Uniti d'America e Canada, oltre ai vari Stati membri dell'UE in cui la GPA è lecitamente praticabile; in secondo luogo, dallo stesso regime punitivo del reato di maternità surrogata, che resta assoggettato a limiti edittali inferiori a quelli fissati (per alcune fattispecie di reato commesso all'estero da cittadini italiani) dall'art. 9 c.p.

In tal senso, l'esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato italiano sembra rivelarsi l'espressione arbitraria della propria giurisdizione con effetti extraterritoriali, capaci di chiamare in causa la responsabilità italiana da atto illecito internazionale e, internamente, la violazione dell'art. 10 Cost.

In tal senso E. SAVARESE, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, in "Il Mulino, Rivisteweb", n. 1, 2025, pp. 80; la

Quello che sta accadendo è che il diritto, per come è intervenuto e continua a intervenire, non sta ampliando i diritti delle donne, ma al contrario li ha limitati ulteriormente, lasciando le parti in causa sole; stigmatizza una pratica e le persone che vi ricorrono, spingendole a nascondersi per non diventare vittime di pregiudizio, senza avere la capacità di raggiungere l'obiettivo per il quale lo si era scelto: eradicare la pratica.

La norma penale da sola non è sufficiente, sono necessari e imprescindibili dei mutamenti socio-culturali, che devono essere supportati dal diritto, ma veicolati in altro modo.

La fattispecie penale in causa non solo non è in grado di modificare i giudizi sociali che continuano a stigmatizzare le gestanti, ma addirittura cercando di tutelarle finisce per minare ulteriormente proprio ciò che taluni e talune eleggono a bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale: la loro dignità. Il tutto adottando un atteggiamento paternalistico nei loro confronti.

2. Quali spunti dall'analisi comparata: mappatura dei modelli e profili caratteristici del paradigma di tutela italiano.

A livello globale, la situazione normativa riguardante la maternità surrogata presenta numerose disomogeneità sia a monte rispetto all'ammissione o meno della pratica, sia a valle rispetto alle modalità di regolamentazione.

È possibile operare diverse distinzioni in tema di maternità surrogata; tali distinzioni si pongono alla base delle scelte normative, regolamentative e sanzionatorie, che i vari Paesi operano. Queste scelte sono orientate, o quanto meno influenzate, dai valori generalmente accolti nei singoli contesti socio-culturali, nonché da quei principi di ordine generale che fungono da polo nord o su scala internazionale, o quanto meno europea, a seconda del Paese cui ci si riferisce. Inoltre, nel panorama internazionale, la regolamentazione della GPA

mappatura curata dall'associazione Luca Coscioni, consultabile online su www.associazionelucacoscioni.it (ultimo accesso: 19/08/2025).

appare estremamente eterogenea poiché essa si fa riflettore di approcci culturali, religiosi e giuridici molto diversi²²⁷.

La prima distinzione operabile in tema di surrogazione di maternità riguarda la modalità attuativa: come ricordato in apertura della presente tesi²²⁸, la maternità surrogata è una pratica antica che si è evoluta di pari passo al progredire delle tecniche di PMA. Per cui si può dire che da un lato si pone la surrogazione di maternità “naturale”, molto difficile da rintracciare e quindi regolamentare, mentre dall’altro lato si pone la surrogazione di maternità “artificiale”, ossia quella preponderante nell’immaginario collettivo, che si attua grazie, appunto, alle nuove tecnologie e al nuovo sapere medico-scientifico nell’ambito delle tecniche di PMA. Essa è più facilmente rintracciabile ed oggetto delle più disparate regolamentazioni.

Volgendo lo sguardo al lato tecnico-medico, la maternità surrogata può essere di due tipi: omologa o eterologa, a seconda che venga eseguita con gameti appartenenti o estranei alla coppia. Sono possibili diverse combinazioni del materiale genetico, ciascuna delle quali può coinvolgere un numero variabile di persone (infatti, sul lato materno, la donatrice dell’ovulo che verrà fecondato può non essere la stessa nel cui utero l’ovulo fecondato verrà impiantato per portare a termine la gravidanza. Possono essere coinvolte tre donne: la madre genetica, la madre gestante e, infine, la madre sociale. Sul lato maschile quello che può accadere è che lo sperma che feconda l’ovulo sia quello del padre d’intenzione, che quindi sarà anche padre biologico, oppure vi sarà l’intervento di un donatore di sperma, e quindi si creerà anche sul lato paterno una discrasia, in particolare tra padre biologico e padre sociale)²²⁹.

Dal punto di vista genitoriale, ossia delle coppie che possono scegliere di accedere a questa pratica, esse possono essere sia coppie eterosessuali che

²²⁷ S. PENASA, G. ROMEO, *Dilemmi morali e garanzie legali: la maternità surrogata come questione globale*, in “DPCE online”, n. 3, 2023, pp. 1-6.

²²⁸ In particolare alle pp. 1-30.

²²⁹ Rispetto la distinzione tra maternità surrogata omologa ed eterologa, tra gli altri si indicano: G. DI ROSA, *Famiglia (bioetica e diritto)*, cit., pp.389-399; M. SESTA, *Filiazione*, cit., pp. 600-605; A. VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in “Enciclopedia del Diritto”, n. 9, 2016, pp. 705-707.

omoaffettive. A tal proposito è opportuno fare una considerazione di ordine generale, circa il fatto che la surrogazione di maternità per le coppie omosessuali composte da due uomini è l'unica pratica in grado di dare attuazione a un progetto genitoriale all'interno del quale si nutre il desiderio di creare un vincolo genetico tra il figlio e almeno uno dei due padri²³⁰.

Un'ulteriore distinzione riguarda il piano contrattuale; la surrogazione di maternità può prendere vita sia a titolo gratuito che a titolo oneroso. Nel primo caso viene vista come una pratica solidaristica, mentre nel secondo caso come una pratica commerciale²³¹.

Queste distinzioni, che altro non sono che le possibili alternative tra le quali scegliere nel momento in cui si deve regolamentare o vietare questa pratica, o che quanto meno sarebbe bene tenere in considerazione, per non ridurre la surrogazione di maternità ad una pratica piatta, dotata di una sola faccia, vengono ricondotte al piano valoriale.

Per esempio, alla pratica commerciale viene attribuito in diversi ordinamenti, ma ancora prima che ordinamenti contesti socio-culturali, un grande disvalore, per via del nesso che aprioristicamente (sul piano etico) viene creato tra questa e lo sfruttamento delle donne. La si ritiene, sempre e comunque, svilente la dignità e della donna e del nascituro, in quanto la prima verrebbe ridotta a mezzo, solo corpo privo di soggettività; mentre il secondo sarebbe ridotto a merce che si può, più o meno liberamente, vendere e acquistare. In questi stessi ordinamenti

²³⁰ Per un maggior approfondimento sul tema: L. GUIZZARDI, *L'illegittimità della surrogazione di maternità come reato universale: alcune riflessioni Queer*, in "Il Mulino, Rivisteweb", Politica del diritto, n. 1, 2024, pp. 125-150; F. M. NIMBI, G. CIOCCA, E. LIMONCIN, C. SIMONELLI, E. A. JANNINI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata: stato dell'arte e prospettive future della genitorialità nelle coppie omosessuali*, al sito <https://doi.org/10.1007/s40619-018-0457-9> 20/07/2018, pp. 196-200, (ultimo accesso: 11/07/2025); L. FERRARO, *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU*, in "Diritto pubblico europeo rassegna online", n. 1, 2017, pp. 234-240.

²³¹ Tra gli altri per un approfondimento sul tema: M. GIACONI, *Contratto di lavoro e corpo*, in "Enciclopedia del Diritto", n. 6, 2023, pp. 226-245; L. GUIZZARDI, *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, in "Quaderni di teoria sociale", n. 2, 2018, pp. 79-101; S. J. KHADER, *Intersectionality and the ethics of transnational commercial surrogacy*, in "IJFAB: International Journal of Feminist Approaches to Bioethics", n. 1, 2013, pp. 68-90; J. L. PEET, *A womb that is (not always) one's own: Commercial surrogacy in a globalized world*, in "International Feminist Journal of Politics", n. 2, 2016, pp. 171-189.

può però accadere che la stessa pratica svolta a titolo gratuito sia vista, in quanto solidaristica, più meritevole, dunque da accogliere, o quanto meno tollerare a talune condizioni. Ovviamente non tutti gli ordinamenti considerano la surrogazione di maternità commerciale come una pratica in sé per sé lesiva, violenta, quindi da vietare e sanzionare, esattamente come non tutti gli ordinamenti ritengono che il disvalore della maternità surrogata sia legato alla onerosità o meno della pratica, ma riconoscono nella maternità surrogata una pratica sempre e comunque lesiva²³².

Volendo indagare, seppur non in maniera verticale, quali sono gli approcci di regolamentazione più diffusi, di conseguenza come viene percepita nei diversi contesti geografici e culturali la GPA²³³, si noti, a titolo, appunto, esemplificativo che : Australia, Israele, Regno Unito, alcuni Stati degli USA, Olanda, Danimarca, Belgio, Grecia, e Portogallo ammettono la surrogazione di maternità quando ha come fine la solidarietà; mentre, sempre a titolo di esempio, Svezia e Italia vietano espressamente la GPA, in qualsiasi forma attuata.

L'esistenza di tutte queste distinzioni nel quadro normativo attuale in chiave comparata, nonché alla luce del valore che viene ricollegato ad ogni opzione, spiega la eterogeneità del panorama legislativo attuale. Eterogeneità che si estende anche alla gradazione della sanzione prevista nel caso in cui la pratica venga proibita in assoluto, o solo in alcuna delle sue forme.

Al fine di mappare i modelli legislativi esistenti è necessario definire anzitutto il criterio in base al quale vengono distinti gli uni dagli altri.

²³² E. Grasso, E. Mostacci aderiscono a questa impostazione e al proposito scrivono: «La MS gratuita o altruistica costituisce tuttavia l'*humus* di pagamenti sottobanco o pressioni familiari specie su donne emarginate, mentre la MS commerciale espone le donne a fenomeni di *commodification e technological slavery*. Il contratto di MS a titolo oneroso è invece percepito come lesivo della dignità della donna attraverso la commercializzazione del suo corpo e delle correlate possibilità riproduttive. Si tratta di due posizioni visceralmente distanti e il legislatore, nel desiderio di non scontentare l'elettorato affrontando temi scomodi, spesso rinuncia a tentare una sintesi».

E. GRASSO, E. MOSTACCI, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in "Politica del diritto", n. 2, 2021, p. 170.

²³³ Si sottolinea che il paradigma è però invertito: è dal sentire comune, che attiene al piano assiologico, che deriva un certo approccio normativo, piuttosto che un altro.

Riprendendo quindi quanto scritto nel secondo capitolo della presente tesi²³⁴, possiamo dire che a *livello europeo* le legislazioni possono essere classificate secondo due criteri principali: le tecniche di regolazione adottate e il livello di permissività previsto.

In base al primo criterio, si possono individuare tre modelli distinti: il modello tedesco, che si fonda sul diritto penale per disciplinare l'uso illecito delle nuove tecnologie, applicando il principio secondo cui è consentito tutto ciò che non è espressamente vietato; il modello dell'Europa continentale, che stabilisce in modo esplicito ciò che è permesso, offrendo una regolamentazione più dettagliata e prescrittiva; e, infine, il modello inglese, che si basa su un sistema di autorizzazioni: le decisioni vengono delegate alle istituzioni mediche, le quali operano nel rispetto di specifiche condizioni e direttive.

Utilizzando, invece, il secondo criterio, relativo al grado di permissività, è possibile distinguere tra due, o eventualmente tre, approcci: un modello restrittivo e rigoroso, adottato da Paesi come Francia, Austria, Svezia, Germania, Svizzera e Norvegia e un modello più permissivo e flessibile, seguito da Spagna e Inghilterra, che però presenta configurazioni differenti nei due contesti nazionali e può quindi essere considerato articolato in due sottovarianti²³⁵.

Allargando lo sguardo oltre il panorama europeo e dirigendolo verso quello internazionale possiamo individuare tre macro approcci, o modelli, che dir si voglia. Sono: il modello proibizionistico, quello permissivo-commerciale e infine quello permissivo, ma limitato alla forma altruistica. Ogni ordinamento, nell'aderire all'uno o all'altro modello, bilancia in modo diverso i diritti e gli interessi della gestante, dei genitori intenzionali e del nascituro.

Il modello proibizionistico si caratterizza per il divieto assoluto della pratica della GPA, sia in forma commerciale che altruistica. In questo ambito si collocano l'Italia e la Germania.

²³⁴ L'argomento è affrontato alle pp. 69-75.

²³⁵ T. PITCH, *Un diritto per due*, cit. pp. 51-56.

In Italia, il divieto è sancito espressamente all'art. 12, c. 6, della legge n. 40/2004, come integrato dalla legge n. 169/2024, secondo cui: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione della maternità surrogata 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».

Il legislatore ha così inteso tutelare la dignità della donna e contrastare ogni forma di mercificazione del corpo femminile, considerata contraria all'ordine pubblico.

La Germania adotta un'impostazione altrettanto rigorosa. La legge sulla protezione dell'embrione (*Embryonenschutzgesetz – ESchG*) del 1990 vieta in modo esplicito la surrogazione, sia nella fase della fecondazione che in quella contrattuale. In particolare, sono proibite la mediazione tra gestante e committenti e la stipula di contratti di surrogazione. L'approccio tedesco si fonda sulla necessità di tutelare la dignità umana, valore cardine dell'ordinamento tedesco e protetto dall'art. 1 della Legge fondamentale (*Grundgesetz*).

All'opposto, in alcuni ordinamenti è ammessa la GPA anche in forma commerciale, a condizione che sia regolamentata all'interno di un quadro normativo ben definito. Tale modello si riscontra, ad esempio, in alcuni Stati federati degli Stati Uniti, in Ucraina e in Russia.

Negli Stati Uniti, la regolamentazione della GPA è demandata alla competenza dei singoli Stati, il che comporta una significativa variabilità interna²³⁶. A proposito delle tendenze legislative negli USA è stato rilevato che:

²³⁶ K. BUSBY, D. VUN, *Revisiting the handmaid's tale: feminist theory meets empirical research on surrogate mothers*, cit., pp. 32-35.

Per quanto attiene alla regolamentazione dello status filiationis S. TITSHAW, *ART, surrogacy, federalism and Jus Sanguinis citizenship in the US, Australia, and Canada*, in "The Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law", Brill Nijhoff, 2019, pp. 147-152.

Per un confronto tra Stati Uniti ed India L. GUIZZARDI, *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, cit., pp. 84-86.

«[...] Since 2000, surrogacy is seen as a service provided by surrogate mothers and regulators focus on the pragmatic objective of reducing procedural and substantive uncertainty about parental status. [...] This trend can be seen in statute law, bills introduced and reforms to the uniform law prototype, all which are increasingly supporting the enforcement of surrogacy contracts»²³⁷.

In California²³⁸, ad esempio, la GPA commerciale è pienamente lecita e disciplinata da un sistema giurisprudenziale consolidato. La sentenza *Johnson v. Calvert* (1993) è considerata un *leading case* in materia, avendo affermato il principio secondo cui la madre legale è colei che ha l'intenzione procreativa e ha promosso la nascita del bambino. Altri Stati come il Michigan, invece, vietano qualsiasi forma di surrogazione.

In Ucraina e Russia, la GPA è ammessa anche in forma commerciale, con una normativa che garantisce la validità del contratto e il riconoscimento automatico della genitorialità a favore dei committenti, anche quando non vi sia legame genetico. In particolare, in Ucraina l'art. 123 del Codice della famiglia stabilisce che i genitori legali sono coloro che hanno dato il consenso all'impianto dell'embrione nell'utero della gestante, rafforzando così la centralità dell'intenzione procreativa²³⁹.

Il terzo modello è quello che consente la GPA solo in forma altruistica, cioè senza alcun corrispettivo economico per la gestante, se non il rimborso delle spese sostenute. In questo gruppo rientrano ordinamenti come il Regno Unito, il Canada e la Grecia.

²³⁷ Il riferimento è all'analisi di Elizabeth Scott.

K. BUSBY, D. VUN, *Revisiting the handmaid's tale: feminist theory meets empirical research on surrogate mothers*, cit., pp. 32-33.

²³⁸ Per colmare le lacune conoscitive riguardo alle somiglianze e alle differenze nelle pratiche e nei risultati della gestazione per altri si segnala uno studio che prende in considerazione l'arco temporale 2010-2014, e che confronta California e Canada, poiché in California la GPA è regolata su base commerciale, mentre in Canada è illegale pagare una madre surrogata: P. M. WHITE, *Commercialization, Altruism, Clinical Practice: Seeking Explanation for Similarities and Differences in Californian and Canadian Gestational Surrogacy Outcomes*, in "Women's health issues", n. 3, 2018, pp. 239-250.

²³⁹ Sulla regolamentazione in Ucraina: K. MOSKALENKO, *The Legal Framework on Surrogacy in Ukraine: Quo Vadis?*, in "International Comparative Jurisprudence", n. 2, 2023, pp. 209-225; O. M. REZNIK, Y. M. YAKUSHCHENKO, *Legal considerations surrounding surrogacy in Ukraine*, in "Wiadomości Lekarskie", n. 5, 2020, pp. 1048-1052.

Nel Regno Unito, il *Surrogacy Arrangements Act*²⁴⁰ del 1985 vieta la GPA commerciale, ma consente quella altruistica. Tuttavia, i contratti di surrogazione non hanno valore vincolante: la gestante è la madre legale del bambino fino a quando i genitori intenzionali non ottengono il *parental order* da parte dell'Alta Corte. Tale ordine può essere concesso solo in presenza di determinate condizioni, tra cui il legame genetico di almeno uno dei committenti con il minore e la residenza nel Regno Unito²⁴¹.

Il Canada adotta un approccio simile: l'*Assisted Human Reproduction Act* (2004) vieta ogni forma di compenso per la gestante, ma consente la surrogazione altruistica. Le norme federali si accompagnano a regolamentazioni provinciali eterogenee, come in Ontario, dove la genitorialità può essere attribuita ai committenti già prima della nascita²⁴².

In Grecia, la GPA è consentita a condizione che sia autorizzata da un tribunale e realizzata in forma altruistica. Il Codice civile greco, all'art. 1458, prevede una procedura autorizzativa che richiede la presentazione di certificati medici, dichiarazioni giurate e la residenza permanente della coppia committente in Grecia. Il giudice valuta la liceità e la congruità del progetto procreativo, con particolare attenzione alla tutela della gestante e del nascituro²⁴³.

L'eterogeneità dei modelli giuridici ha determinato, come da più parti rilevato, una serie di tensioni sul piano del diritto internazionale privato, specialmente per quanto riguarda il riconoscimento e la trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati mediante GPA all'estero.

²⁴⁰ Le leggi che regolano la *surrogacy* negli UK sono il *Surrogacy Arrangements Act* (SAA), del 1985, ed lo *Human Fertilisation and Embryology* (HFE) Acts, del 1990 come emendato nel 2008.

²⁴¹ Sulla surrogazione di maternità negli UK, tra gli altri si segnalano: E. GRASSO, E. MOSTACCI, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in "Politica del diritto", n. 2, 2021, pp. 178-180; B. OLAYE-FELIX, D. E. ALLEN, N. H. METCALFE, *Surrogacy and the law in the UK*, in "Postgraduate medical journal", 2023, pp. 358-362.

²⁴² Sulla regolamentazione della surrogazione di maternità in Canada: E. GRASSO, E. MOSTACCI, *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, cit., pp. 177-178; K. BUSBY, D. VUN, *Revisiting the handmaid's tale: feminist theory meets empirical research on surrogate mothers*, in "Canadian journal of family law", n. 26, 2010, pp. 13-93.

²⁴³ Sulla regolamentazione della surrogazione di maternità in Grecia: A. N. HATZIS, *The regulation of surrogate motherhood in Greece*, disponibile su "SSRN 1689774", 2010, pp. 1-13; A.N. HATZIS, *From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece*, in "Portuguese Economic Journal", n. 3, 2009, pp. 205-220.

In tal senso, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha svolto un ruolo fondamentale. Nelle sentenze gemelle *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* (2014), la Corte ha condannato lo Stato francese per aver rifiutato di trascrivere l'atto di nascita dei minori nati da GPA all'estero, ritenendo tale rifiuto lesivo del diritto all'identità personale del bambino (art. 8 CEDU). In particolare:

« [...] The well-established jurisprudence of the European Court of Human Rights affirms the need, on the basis of Art. 8 ECHR, that children born through surrogacy, even in States that prohibit the use of such practices, obtain legal recognition of the *lien de filiation* with both the members of the couple that wanted their birth and then actually took care of him/her»²⁴⁴

Anche in Italia, la Corte di Cassazione (Sez. I, n. 12193/2019) ha ribadito che, pur essendo la GPA vietata dalla legge interna, il superiore interesse del minore deve guidare le decisioni relative alla sua registrazione nei registri di stato civile e assicurarne la tutela giuridica. Si afferma così una progressiva apertura verso il riconoscimento di alcuni effetti giuridici che derivano dallo svolgimento della pratica all'estero, diretti alla tutela del minore, senza però legittimare la pratica in sé.

La diversità dei modelli giuridici in materia di GPA riflette differenti visioni antropologiche, etiche e culturali. Mentre alcuni ordinamenti privilegiano l'autonomia privata e la libertà procreativa, altri pongono l'accento sulla tutela della dignità della donna e sulla necessità di evitare la mercificazione del corpo femminile. Infatti, la Corte europea dei diritti umani, che pone l'accento soprattutto sulle condotte di sfruttamento della donna, riconosce un ampio margine di apprezzamento agli Stati nazionali, proprio perché si tratta di opzioni che implicano valutazioni etiche rimesse ai singoli ordinamenti.

Anche considerando il più ristretto ambito della Unione europea, il contrasto alla GPA non è tra gli ambiti oggetto di armonizzazione della disciplina

²⁴⁴ M. CALDIRONI, *The circulation of the child's legal status in Italy: open issues*, in "Papers di diritto europeo", 2023, p. 20.

penale (art. 82 TFUE), tantomeno emergono indicazioni a favore dell'ampliamento in tale direzione del novero di materie che possono essere oggetto di direttiva.

Il panorama comparato non offre indicazioni omogenee sui limiti di liceità di questa procedura, e nemmeno sulle scelte sanzionatorie che possono andare dall'ampia criminalizzazione prevista dalla legge italiana alla limitazione della rilevanza penale alle forme di surrogazione di tipo commerciale, alla previsione di sole sanzioni amministrative²⁴⁵. La presenza di normative differenziate²⁴⁶ si spiega per via delle diverse sensibilità nel bilanciamento tra gli interessi in gioco che si contrappongono all'aspirazione alla genitorialità che muove i committenti: l'interesse dei minori al proprio *status* giuridico, la dignità della donna che si impegna a portare avanti la gravidanza, l'impianto della legge sull'adozione finalizzata ad assicurare rapporti genitoriali in assenza di legami biologici²⁴⁷. Sono sfere di interessi su cui convergono importanti sentenze della Corte di Cassazione a Sezioni unite²⁴⁸. La scelta di tutelare nella forma più ampia possibile questi beni conduce alla decisione di vietare in assoluto la GPA, sul presupposto per cui solo un divieto così ampio sarebbe in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento delle condizioni di fragilità delle donne che, in particolare nei paesi più poveri, sono disposte a mettere a disposizione il proprio corpo per soddisfare l'interesse di terzi alla genitorialità; su altri versanti si pongono le

²⁴⁵ Dall'osservazione comparata emergono forti divergenze con riguardo al ricorso al diritto penale. Vi sono dei casi in cui il divieto di ricorso alla GPA è assistito da sanzioni civilistiche (come in Spagna, ove viene comminata la nullità dell'accordo); mentre in altri casi si fa ricorso al diritto penale, e questo può avvenire o limitatamente a talune ipotesi di violazione del piano regolatorio, come in Grecia. Il ricorso al diritto penale, in senso assoluto e indifferenziato appare recessivo.

Sul punto si vedano le audizioni parlamentari presenti sul sito www.camera.it.

²⁴⁶ Per una rassegna dei principali modelli di regolamentazione in Europa e nel mondo si veda 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", n. 2, 2023, pp. 100 ss.

²⁴⁷ Infatti sono diversificate non solo le tutele o le sanzioni predisposte dai vari ordinamenti, ma anche le forme di riconoscimento dello status del nato nei confronti dei genitori di intenzione, che in taluni casi è oggetto di accertamento in sede giudiziale prima della nascita, mentre in talaltri viene assicurato dopo la nascita.

²⁴⁸ Corte di Cassazione (sezioni unite civili): sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162; sentenza del 31 marzo 2021 n. 9006; sentenza del 6 novembre 2018, n. 12193.

posizioni che differenziano le esigenze di controllo ed i divieti in ragione della gratuità o onerosità della surrogazione, perché solo questa seconda forma sarebbe connotata dal rischio di sfruttamento delle condizioni di vulnerabilità della donna, pertanto si ritiene di governare il rapporto con il mercato attraverso l'imposizione della gratuità della GPA e/o escludendo qualsiasi mediazione di carattere commerciale.

Nell'ordinamento italiano la dignità della donna è tutelata anche rispetto agli atti di disposizione del proprio corpo, frutto di libera autodeterminazione, anche quando mossi da un intento solidaristico²⁴⁹.

Tuttavia, il fenomeno della GPA transnazionale impone una riflessione condivisa a livello europeo e internazionale. La necessità di garantire la certezza giuridica, di tutelare i diritti del nato e di prevenire discriminazioni tra figli impone l'elaborazione di strumenti normativi comuni, o quanto meno meccanismi di coordinamento tra ordinamenti, ispirati ai principi di solidarietà, uguaglianza e tutela della persona. L'approccio comparativo che viene in gioco non può limitarsi esclusivamente all'analisi di testi e prassi, deve anche tenere in considerazione il contesto socio-economico, e in particolare l'ambiente culturale in cui il singolo modello regolatorio opera. Si devono tenere in conto le concrete condizioni in cui le libertà e autonomia femminile vengono esercitate, dunque il modo in cui su di esse confluiscono le coordinate strutturali della disuguaglianza nell'esperienza concretamente considerata.

A fronte di un panorama così frastagliato, nonché delle necessità di coordinamento e collaborazione che emergono nella loro necessità, diventa evidente l'abnormità della scelta del legislatore italiano di estendere l'applicazione di un divieto assoluto, indiscriminato e penalmente sanzionato a condotte realizzate all'estero, per lo più se in ordinamenti che esplicitamente regolano la GPA.

²⁴⁹ M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, cit. pp. 136-137.

Con la legge n. 169/2024 emerge una tensione strutturale tra assolutezza e pluralità, perché essa è una legge che si colloca su un crinale molto delicato: quello tra interno ed esterno, e chiama in causa la pretesa di prendere parola sulle scelte operate da altri ordinamenti, valutandole nel prisma delle proprie scelte di politica criminale. In questo modo vengono investiti l'assetto delle relazioni tra ordinamenti giuridici, e la possibilità di una comparazione metodologicamente orientata alla convivenza, alla cooperazione e alla corresponsabilità.

A ciò si aggiungono altre perplessità in relazione alla compatibilità della scelta operata dal legislatore italiano con la tenuta delle libertà fondamentali che strutturano lo spazio giuridico europeo, a partire dalla libera circolazione delle persone, inevitabilmente messe in crisi dalla scelta di sanzionare penalmente il ricorso a una pratica che, in altri stati membri dell'Unione, non solo è ammessa e regolata, ma anche accessibile ai cittadini degli stati membri.

Ad essere scosso è l'equilibrio tra principio democratico e garanzie; tra riconoscimento della discrezionalità del legislatore in materia penale e le garanzie predisposte ed operanti sui vari livelli.

Quella del legislatore italiano è una scelta legislativa che assume una spiccata valenza politico-identitaria e si colloca in un orizzonte accentuatamente paternalista. Le precomprensioni di carattere assiologico hanno un rilievo specifico, che incide sulla coerente gradazione dell'offensività delle condotte e ciò impone una riflessione sulla ragionevole giustificazione e sulla proporzionalità della scelta legislativa, a maggior ragione se si considera che essa incide sull'autonomia delle scelte riproduttive, quindi su una sfera molto intima della dignità personale e sull'esercizio di diritti fondamentali²⁵⁰. Quella della GPA è una materia nella quale la fissazione dei limiti alla discrezionalità del legislatore diventa uno strumento per mettere alla prova e far emergere chiaramente le concezioni di democrazia e di stato costituzionale di diritto, le impostazioni del rapporto tra regola democratica e tutela dei diritti fondamentali dei singoli, e le

²⁵⁰ A. SCHILLACI, *Gestazione per altri, relazioni tra ordinamenti e ragionevolezza: il diritto penale italiano come misura del mondo?*, cit., pp. 145-150.

precomprensioni in materia di separazione dei poteri e rapporto legislatore-giudice costituzionale²⁵¹.

3. Come affrontare le istanze di tutela (della donna e del nascituro) in assenza del diritto penale, alla luce dei processi di globalizzazione delle norme sociali e dei mercati?

Giunti al paragrafo conclusivo della presente tesi, ci apprestiamo ad affrontare la domanda che ha guidato tutta la trattazione, costituendone l'asse portante, ossia: quali sono gli strumenti, alternativi al diritto penale, di cui l'ordinamento italiano dispone per fare fronte alle istanze di tutela di donne (le *porteuses*) e nascituri, che affiorano nel contesto della maternità surrogata?

Occorre da subito rilevare che la GPA è un fenomeno in crescita su scala globale, pur con differenze geografiche tra aree del mondo e tra paese e paese. Questa crescita dipende da diversi fattori sociali quali, dal lato della domanda, la posticipazione della maternità, l'aumento dell'infertilità, le rivendicazioni politiche provenienti dalle comunità LGBTQIA+ e la formazione di nuovi tipi di legami affettivi e familiari che esprimono desiderio di genitorialità; dal lato dell'offerta, il costante progresso della tecnoscienza biomedica, la costante espansione del mercato riproduttivo su scala internazionale e le esigenze economiche provocate dalla crisi.

La sua regolazione è in continua ridefinizione; cambia nello spazio, a seconda dei singoli contesti geografici e politici, nonché nel tempo, in base alle evoluzioni che non sempre sono lineari e talvolta persino problematiche e controverse. Per esempio, in India e Thailandia, la domanda è in continua crescita per via dei prezzi molto più competitivi che in altre parti del mondo, per questo i governi di questi paesi hanno dovuto introdurre nuove restrizioni.

²⁵¹ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 5-6.

In un contesto globalizzato, il risultato non è stato la diminuzione del fenomeno, ma la sua migrazione in altri paesi con una regolazione più favorevole o addirittura assente. Il costo e la regolazione sono due dei fattori che rendono le pratiche della GPA molto diverse tra loro. Oltre alle condizioni giuridiche ed economiche dei singoli paesi, a rendere ancora più complesso e diversificato il fenomeno della GPA concorrono le diseguali condizioni di assistenza medica e le differenze culturali e religiose dei diversi contesti sociali.

La GPA non può essere vista solo come una scelta individuale avulsa dal contesto. La GPA è una pratica sociale, un fenomeno globale e policontestuale, e la sua attuale diffusione dipende in gran parte dai fenomeni economici. Sul piano etico non è possibile ragionare avendo a mente esclusivamente i singoli individui; non è un'azione isolata, tantomeno semplicemente individuale, bensì si inserisce all'interno di una cultura, in una pratica sociale²⁵².

Quindi, questo è il *frame* all'interno del quale la GPA si colloca e rispetto al quale bisogna pensare a quali possano essere gli strumenti per assicurare la tutela di donne (le *porteuses*) e bambini.

Prima di concentrarsi sul tema delle tutele è bene fare un inciso: i diritti del bambino, lo sfruttamento delle donne e la mercificazione della riproduzione nascondono e rimuovono tre presupposti materiali e concettuali attorno ai quali il capitalismo continua a riorganizzarsi, e che vanno per questo superati. Il primo è la gratuità del lavoro riproduttivo e di cura; il secondo è la famiglia eterosessuale intesa come unità produttiva e asse portante dell'architettura socio-politica degli Stati-nazione; il terzo sono i dispositivi di rappresentazione e delega, di inclusione ed esclusione, che determinano il fatto che alcuni soggetti possano accedere a determinati diritti, come il diritto alla salute e all'autodeterminazione, mentre ad altri gli stessi diritti sono negati²⁵³.

²⁵² C. SILLA, B. NICOLI, *Frame e giustificazioni di una pratica tecnoscientifica: un'analisi del discorso sociologico sulla Gestazione per Altri (GPA)*, in "Studi Urbinati, A, 09Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche", 75, pp. 267-298.

²⁵³ C. SILLA, B. NICOLI, *Frame e giustificazioni di una pratica tecnoscientifica: un'analisi del discorso sociologico sulla Gestazione per Altri (GPA)*, cit., pp. 267-298.

Tornando agli strumenti di cui dispone l'ordinamento italiano per affrontare le istanze di tutela di donne e bambini nell'ambito della GPA, è necessario, prima di tutto descrivere e problematizzare, la scelta effettivamente e concretamente operata.

La scelta del legislatore italiano è ricaduta nell'ambito penale; è stata una scelta incriminatrice che si è sostanziata nella legge n. 169/2024. A fare da sfondo e obiettivo alla legge in discussione si pone uno schema sociale fatto di aspettative tra loro connesse, che riguardano i ruoli, i comportamenti, gli attributi e le relazioni sociali, comprese quelle familiari. Questo schema, giuridicamente riprodotto nel divieto universale di GPA, colloca la riproduzione come atto esclusivo di un modello di genitorialità eterosessuale e bigenitoriale²⁵⁴. Si rileva da più parti che l'obiettivo della l. n. 169/2024 sarebbe quello di tutelare la dignità femminile e impedire la strumentalizzazione riproduttiva della donna, in modo assoluto. Proprio l'assolutezza della scelta incriminatrice non pare in alcun modo adeguata allo scopo²⁵⁵.

L'assolutezza di cui si discorre deriva in *primis* dal carattere indeterminato della fattispecie di cui all'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004, e non sapendo delineare precisamente a quale tipo di surrogazione e a quali comportamenti la legge faccia riferimento, non si possono vantare certezze nemmeno in merito alla *ratio* del divieto. È quindi da dimostrare che ciò che si intende prevenire sia un'offesa intollerabile alla dignità della donna e alle fondamenta delle relazioni umane²⁵⁶. La conseguenza, controintuitiva e inaspettata, di tale indeterminatezza è l'effetto di pregiudicare il perseguimento dell'obiettivo repressivo, rendendo contemporaneamente, appunto, offuscata la *ratio* della previsione legislativa. Riunire sotto la medesima rubrica normativa fattispecie sostanzialmente diverse tra loro e suscettibili di diversi sviluppi sul piano regolatorio, rafforzare

²⁵⁴ G. GILLERI, *Gestazione per altri all'italiana: persone, diritti e stereotipi di genere in un reato 'universale'*, in "Il Mulino, Rivisteweb", Diritti umani e diritto internazionale, n. 1, 2025, p. 107.

²⁵⁵ A. PISU, *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in "BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto", n. 2, 2022, pp. 299-316.

²⁵⁶ A. VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in "Criminalia", 2019, pp. 221-249.

ulteriormente il divieto assoluto e servente rispetto all'effettività di principi e valori enunciati in termini altrettanto assoluti allontana, infatti, il diritto dalla presa plastica ed efficace sulla vita che dovrebbe contraddistinguere l'opera, per assicurare la tutela in concreto di principi inderogabili, quale la dignità femminile rispetto a rischi di sfruttamento del corpo della donna, garantendo però, al tempo stesso, che le vicende dell'autonomia personale restino sempre orientate al pieno sviluppo della persona e alla partecipazione in condizioni di pari dignità alla vita sociale, come impone l'art. 3 della Costituzione.

Il divieto consegna alla sfera negativa dell'illecito la fondamentale istanza di tutela della dignità femminile in concreto, quando però la regolamentazione avrebbe la capacità di aprire spazi al riconoscimento e alla protezione dei molteplici intrecci tra dignità e autonomia che caratterizzano le diverse esperienze di GPA. E con riguardo al governo dei rapporti, il divieto può lasciare spazio alla speculazione, perché apponendo il divieto, il diritto rinuncia a perseguire la propria fondamentale funzione di regolare i rapporti economici.

Quindi, la punibilità delle condotte realizzate all'estero non pare adeguata né proporzionata al perseguimento dell'obiettivo che si prefigge e ciò incide, inevitabilmente, sul profilo della ragionevolezza. Proprio la declinazione assoluta dei valori e degli interessi sottesi alla fattispecie penale rende paradossalmente impossibile perseguirli mediante dispositivi così rigidi. Anche al di là della (assai dubbia) deterrenza, l'art. 12, c. 6, come modificato dalla legge n. 169/2024, è strutturalmente inidoneo a perseguire l'obiettivo di un "superamento universale" della GPA, mentre si pone unicamente lo scopo, decisamente più modesto, ma niente affatto neutro, di impedire ai cittadini italiani di farvi ricorso, anche all'estero. Lo scopo della legge n. 169/2024 non è, cioè, a ben vedere, quello di arginare in termini "universali" la diffusione della surrogazione di maternità nel mondo, bensì quello di impedire alle italiane e agli italiani di avere accesso a questa pratica procreativa²⁵⁷.

²⁵⁷ Il legislatore italiano potrebbe aver pensato di poter chiudere il discorso giuridico sulla *surrogacy* attraverso la semplice chiusura dei confini 'nazionali', dalla semplice scelta tra uno dei due poli della

L'indagine sulla legittimità e ragionevolezza di questa ulteriore scelta punitiva deve, dunque, muovere da una necessaria e duplice premessa: da un lato, l'incidenza della materia preclusa e vietata sulla sfera dell'autonomia personale, e in particolare avente come nucleo l'intreccio di dignità e libertà; dall'altro lato, l'alternativa di fondo tra regolazione e divieto, come manifestazione di un diverso e polarizzato approccio alla garanzia dell'effettiva protezione dei diritti e degli interessi in gioco. Si tengano a mente l'applicazione sporadica dei divieti penalistici recati dalla legge n. 40/2004 e la ricorrente insistenza, anche all'interno del dibattito pubblico sulla legge n. 169/2024, sulle presunte difficoltà applicative della disciplina introdotta. Lungi dall'attenuare la gravità della scelta incriminatrice e la sua incerta tenuta sul piano dei principi costituzionali in gioco (offensività, tassatività della fattispecie, ragionevolezza), l'asserita inapplicabilità della disposizione in esame non fa che confermare la matrice ideale e ideologica della scelta del legislatore. In questo senso, l'introduzione della punibilità delle condotte compiute all'estero da cittadini italiani si pone in continuità con l'impostazione di fondo della legge n. 40/2004, la quale mira non solo e non tanto a regolare l'accesso alle diverse tecniche di procreazione medicalmente assistita, quanto a imporre una serie di divieti suscettibili di incidere notevolmente sulla prassi medica, sulla vita dei pazienti, sulle prospettive della ricerca scientifica²⁵⁸.

In questo modo il diritto penale diventa sia misura delle scelte dell'individuo, sia limite al libero svolgimento e pieno sviluppo della personalità, secondo una logica paternalista, alimentata da precomprensioni di carattere ideologico, che intende divenire misura del mondo. Si connota, tuttavia, come un'aspirazione del tutto unilaterale, in mancanza di un patrimonio giuridico

distinzione legale/illegale. Ma questa scelta legislativa è limitata in radice, perché il discorso giuridico sulla *surrogacy* non può non chiamare in causa la globalità del diritto (e di taluni principi). La maternità surrogata è un fenomeno globale ma non è altrettanto globale la sua legalità, o illegalità. La distinzione binaria legale/illegale diventa, dunque, ambigua e, soprattutto, diventa una differenziazione il cui crossing diventa di difficile 'gestione'.

L. GUIZZARDI, *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, cit., p. 95.

²⁵⁸ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 4.

internazionale condiviso in materia, e tanto più alla luce della vastissima pluralità di esperienze e prassi che nel mondo si registrano nell'ambito della GPA²⁵⁹.

Alla luce di quanto constatato in merito alla scelta di ricorrere al diritto penale nei termini in cui lo si è fatto, occorre valutare altri strumenti, alternativi al diritto penale, che sarebbero più idonei a raggiungere l'obiettivo.

Come per ogni cosa occorrerebbe partire dall'inizio, dunque dall'educazione alla differenza ed al rispetto delle diverse identità di genere. In questo modo si interverrebbe sui contesti sociale e culturale, sradicando l'idea congenita nel nostro Paese per cui esiste una famiglia "tradizionale", che è quella fondata sull'unione uomo-donna, e che sia questa l'unica forma meritevole di ricevere un giudizio morale positivo, pertanto l'unica forma da tutelare e veicolare sia nell'immaginario collettivo grazie ai diversi mezzi di comunicazione, istituzionali e non, sia attraverso i mezzi offerti dal diritto, dunque attraverso la predisposizione e l'assicurazione di diritti, tutele e garanzie di varia natura. Grazie all'educazione alle differenze e alle diverse identità di genere si constatarebbe, piuttosto, che il concetto di "famiglia" racchiude in sé tante esperienze diverse, nessuna delle quali è suscettibile di ricevere un giudizio sul piano morale.

Ogni esperienza familiare è a sé stante, non esiste una norma, né quando la composizione dei membri della famiglia è simile, né quando simile è il modo in cui è avvenuta la procreazione. Così si normalizzerebbe la diversità del racconto biografico di ciascuno; diversità che si manifesta sin dal principio, dalla nostra origine: non veniamo tutti al mondo allo stesso modo; a volte due persone che si amano fa tre, altre volte due persone che si amano non sono sufficienti a causa dei limiti naturali e allora occorre ricorrere alla medicina, come quando si ha un malanno che da solo non passa. Bisognerebbe anche educare le persone affinché la realizzazione di sé non sia ancorata, necessariamente, al compimento di un progetto genitoriale.

²⁵⁹ A. SCHILLACI, *Gestazione per altri, relazioni tra ordinamenti e ragionevolezza: il diritto penale italiano come misura del mondo?*, cit., pp. 155-158.

Inoltre, l'ordinamento potrebbe intervenire attraverso concrete azioni positive, tali da aiutare e sostenere coloro che volontariamente e liberamente scelgono di farsi *porteuses* a prescindere dalla finalità economica o solidaristica che si vuole conseguire. In aggiunta, potrebbe agire in modo tale da tutelare chi, a certe condizioni, potrebbe diventare vittima.

Per esempio, si dovrebbero prevedere reali tutele per le donne che portano avanti una GPA, in particolare per quanto riguarda il rispetto del loro diritto alla salute; del loro diritto all'anonimato; del loro diritto a cambiare idea al momento della nascita del bambino, consentendo loro di non ottemperare al contratto e dichiararsi madre, inoltre di agire all'interno del mercato del lavoro e del sistema del *welfare* affinché nessuna donna sia costretta ad affittare il proprio utero per ragioni economiche²⁶⁰.

Ancora, bisognerebbe prevedere delle tutele per i bambini, e le bambine, che nascono attraverso la GPA, garantendo loro il diritto di mantenere delle relazioni chiare e stabili con gli adulti di riferimento.

Queste politiche sarebbero molto più efficaci rispetto alla scelta di criminalizzazione dei clienti; questi interventi governerebbero meglio il fenomeno e tutelerebbero meglio le donne *tout court* nella GPA, senza alcuna differenza tra situazioni eterogenee e senza far dipendere la sussistenza delle tutele dalla diversità delle realtà relazionali in gioco.

Infatti, nonostante: «Nel senso comune diffuso, legalità (penale) e giustizia si identificano»²⁶¹, è fondamentale contestualizzare e relativizzare. È senz'altro vero che il termine “giustizia” sia nebuloso; che per i più, la giustizia è sinonimo di giustizia penale, assimilabile alla concezione retributiva “occhio per occhio, dente per dente”. Ma nel contesto complesso, diversificato, frammentato e in continua evoluzione della GPA, parlare di giustizia penale è limitante. Sicuramente in alcuni contesti e a talune condizioni è necessario ricorrere anche al concetto di giustizia penale, ma non solo, non sempre e non ovunque.

²⁶⁰ R. DAMENO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, cit., pp. 26-30.

²⁶¹ T. PITCH, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 102.

Parlare solo di criminalizzazione e di ricorso al penale, semplifica, riduce e offusca il reale problema; distanzia dalle possibili soluzioni efficaci che possono essere trovate. È innegabile che giustizia e legalità faticino a coniugarsi nella scena sociale e politica attuale; che dall'intendere comunemente la legalità come legalità penale sia derivato il populismo penale, ma anche una vera e propria decostruzione della legalità attraverso il rimando a regole amministrative, quantitative e tecniche²⁶².

Bisognerebbe volgere lo sguardo più verso la cooperazione, anziché verso la criminalizzazione.

Viviamo in una società e in un mondo globalizzati, e per far fronte a un fenomeno che avviene su scala globale, per trovare delle soluzioni efficaci ed assicurare delle tutele effettive, è necessario un agire comune che sia mosso da intenzioni condivise.

Rispetto alla *international surrogacy*, ciò di cui si percepisce la necessità è una normativa internazionale che non solo contribuisca a risolvere questioni di diritto internazionale privato (regolando in particolare il riconoscimento del legame di filiazione e l'attribuzione della nazionalità al bambino), ma che sia anche in grado di fornire delle risposte alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali di tutte le persone coinvolte.

Da più parti si suggerisce l'opportunità di una regolamentazione simile a quella in materia di adozione internazionale, dunque di uno strumento che stabilisca un quadro di cooperazione internazionale ponendo in particolare l'accento sulla necessità di garanzie sostanziali e procedurali, e che lasci alla diplomazia bilaterale il compito di stabilire una normativa dettagliata.

Per assicurare uniformità alle due materie (surrogazione di maternità e adozione) sarebbe indispensabile un trattato neutro sulla maternità surrogata, che non imponga agli Stati di ammettere assolutamente la surrogazione di maternità.

²⁶² T. PITCH, *Il malinteso della vittima*, cit., pp. 102-104.

Sul piano internazionale il nodo centrale della questione è dato dalla natura *profit* della maggior parte degli accordi di surrogazione, poiché questo profilo solleva dei problemi di incompatibilità con il diritto internazionale vigente.

Tuttavia, non si può immaginare che un divieto assoluto di maternità surrogata a pagamento possa ottenere un consenso sufficientemente generalizzato, alla luce del numero in aumento di Stati per cui il turismo procreativo risulta essere piuttosto lucrativo. Peraltro uno strumento che non bandisca del tutto la surrogazione a titolo oneroso, ma che si preoccupi di contrastare gli abusi, è da molti preferito alla totale assenza di regole. Anzi, v'è chi evidenzia come un divieto in materia di *commercial surrogacy* finirebbe per aumentare il mercato nero e la vendita di bambini, oltre che a peggiorare le condizioni di sfruttamento delle madri, tuttavia sono molti coloro che militano contro questa soluzione di apertura verso una regolamentazione che ammetta la surrogazione di maternità a titolo oneroso.

Quello della natura *profit* della pratica rimane dunque un nodo cruciale che difficilmente potrà essere risolto a livello internazionale. Tuttavia, è indubbio che alcuni aspetti dell'istituto dell'adozione possano fornire una guida per immaginare, almeno a grandi linee, i contorni di una possibile regolamentazione internazionale in materia di surrogazione di maternità. Nonostante ciò, è molto difficile immaginare nel dettaglio forma e contenuti di tale disciplina. Senza dubbio essa dovrebbe il più possibile tenere in considerazione della rapidità dei progressi scientifici, anche alla luce del contributo di *internet* nel rendere più facili queste applicazioni, e soprattutto mantenere il *focus* sulla tutela dei diritti umani, i quali devono rimanere un paradigma irrinunciabile di qualunque tentativo normativo²⁶³.

Può essere, a tal proposito, utile ricordare i lavori che hanno preso avvio nel 2011 alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, finalizzati all'elaborazione di una convenzione sul "*legal parentage*". Vi ha lavorato un gruppo di esperti che ha concluso il proprio lavoro con un *Final Report* il 1

²⁶³ L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in "BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto", n. 3, 2015, pp. 7-28.

novembre 2022, a seguito del quale è stato creato un Gruppo di Lavoro che ha rilasciato tre *report*²⁶⁴. Tali lavori sono ancora parziali e preparatori.

In generale la tendenza è stata quella di proporre due strumenti: una Convenzione generale sul riconoscimento e la circolazione dello *status filiationis* ed un Protocollo specificamente dedicato ai figli nati da GPA²⁶⁵. L'obiettivo unitario è di conseguire maggiore prevedibilità, certezza e continuità della genitorialità giuridica in situazioni internazionali, a beneficio di tutte le persone coinvolte, tenendo conto dei loro diritti umani e, in particolare, di quelli dei bambini, nel rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo. Si è molto dibattuto sull'opportunità di circoscrivere l'oggetto del Protocollo ai soli casi di decisioni giudiziali che attribuiscono lo *status* di figlio nato da GPA e alla relativa circolazione transfrontaliera, ovvero di estenderlo a ogni altro documento pubblico formato all'estero attributivo dello *status*. Il cuore della discussione risiede nello sforzo di delineare una serie di disposizioni speciali in materia di riconoscimento della decisione straniera, che possano assicurare gli Stati che non regolano o vietano il ricorso alla GPA. Si tratta di regole che attraverso tecniche differenziate intendono aggravare il procedimento di riconoscimento, senza prendere posizione per quanto attiene alla legittimità o meno della pratica della GPA, e ponendosi come norme aggiuntive rispetto ai motivi che tradizionalmente ostano al riconoscimento di decisioni giudiziali straniere, tra i quali l'eccezione di ordine pubblico, previsti dai sistemi interni di diritto internazionale privato²⁶⁶.

A fronte di questo modello di identificazione di regole uniformi, alla cui base si pone la volontà degli Stati di accordarsi sull'esistenza di *safeguards/standards*, si pone la strada alternativa di permettere agli Stati parte del Protocollo di costruire mediante un idoneo scambio di informazioni, relazioni bilaterali tra gli Stati, grazie alle quali ogni parte contraente, cosciente della regolamentazione della GPA

²⁶⁴ Tutti i lavori sono consultabili online su www.hcch.net.

²⁶⁵ *Final Report*, www.hcch.net, par. 78-81 e la *Conclusion* n. 8, p. 26 (ultimo accesso: 19/08/2025).

²⁶⁶ E. SAVARESE, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, cit., p. 81.

adottata dall'altra parte contraente, potrà decidere se le decisioni giudiziali provenienti da quest'ultima, siano suscettibili di riconoscimento o destinate al diniego.

Le due linee direttrici emerse nel corso dei lavori nell'ambito della Conferenza dell'Aja sono le seguenti: anzitutto, non si invocano più semplicemente i principi generali di *comity* e cooperazione tra gli Stati per agevolare riconoscimenti quasi automatici, tantomeno si ricorre semplicemente allo *standard* del *best interest*, quasi che la conservazione e continuità dello *status filiationis* coincida con il godimento di diritti fondamentali del minore non comprimibili in alcun modo; in secondo luogo, si privilegia l'imposizione di condizioni specifiche e stringenti per il riconoscimento, bilanciando ciò con l'invito (implicito) agli Stati a fare uno sforzo cooperativo anche qualora vietino la GPA. Ossia, si pone la necessità di un'apertura che tenga conto delle regolamentazioni differenti che esistono da Stato a Stato²⁶⁷.

In conclusione, per rispondere alle istanze di tutela delle donne e dei nascituri, in assenza del diritto penale e alla luce dei processi di globalizzazione delle norme sociali e dei mercati, bisogna distinguere due piani: da un lato quello domestico e dall'altro quello internazionale.

Sul primo piano bisogna partire dalle fondamenta, dunque dall'educazione alle differenze e alle diverse identità di genere; inoltre l'ordinamento dovrebbe intervenire attivamente, attraverso la predisposizione di adeguati strumenti normativi capaci di incidere concretamente, offrendo reali tutele alle *porteuses* ed ai nascituri, il tutto coniugato in un'ottica di apertura internazionale, per via della scala (globale) sulla quale il fenomeno viene realizzato.

Invece, sul secondo piano bisognerebbe agire in un'ottica di cooperazione, sulla base di comuni principi e nel tentativo di ottenere un risultato condiviso, che non dovrebbe essere né il divieto assoluto della pratica per ottenerne la completa repressione, tanto meno la sua necessaria ammissione, incondizionata, all'interno

²⁶⁷ E. SAVARESE, *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, cit., pp. 83-84.

di ogni ordinamento, bensì la predisposizione di una regolamentazione generale che lasci la possibilità agli Stati di raggiungere degli accordi bilaterali, nel rispetto di quanto previsto anche a livello europeo²⁶⁸.

²⁶⁸ Cioè, non è possibile istituire alcun diritto di *surrogacy* ma è possibile istituire il diritto alla *surrogacy*. Il diritto di *surrogacy* è impraticabile perché esso richiederebbe, per chi se ne avvale, la certezza di poterlo esercitare, ossia la disponibilità sicura di donne a farsi *porteause*. Al contrario, il diritto alla *surrogacy* è possibile in quanto diritto contrattuale: come diritto a concludere un contratto di *surrogacy*.
L. GUIZZARDI, *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, cit., p. 98.

CONCLUSIONI

Giungendo ora alle conclusioni, è possibile trarre alcune considerazioni finali.

Innanzitutto, nella presente tesi, ci si è interrogati sul fenomeno della surrogazione di maternità, dapprima come pratica che si è cercato di ricostruire a livello concettuale e in seguito nei termini di fenomeno culturale rispetto al quale viene attribuito, da più parti, un notevole disvalore; disvalore, questo, che diverse correnti del femminismo, (ma non solo), riconducono allo svilimento della dignità della donna, stante l'identificazione di quest'ultima con la propria capacità riproduttiva; al bisogno economico da cui origina la "scelta" di coloro che entrano a far parte del paradigma della maternità surrogata in quanto *porteuses*. Stando a queste voci, la maternità surrogata esiste, sempre e comunque, nei termini di uno sfruttamento, di una mercificazione, sia delle donne (le *porteuses*), sia delle bambine e dei bambini nati attraverso il ricorso a tale pratica.

Di rimando, si è messa in discussione questa lettura del fenomeno nella sua globalità, chiamando in causa la necessità di relativizzare e considerare tutte le variabili che possono caratterizzare la surrogazione di maternità. Si sono quindi segnalati i limiti, dell'approccio succitato, i quali, rivelano almeno due ordini di criticità: da un lato, una semplificazione ed un appiattimento del fenomeno, dandogli un aspetto dicotomico, tipico della retorica populista che si fonda su concetti accattivanti, ma spesso vuoti e fuorvianti, quali la "criminalizzazione" e la "vittimizzazione"; dall'altro, la creazione di una regolamentazione giuridico-penale completamente inadeguata rispetto alla complessità del fenomeno²⁶⁹.

Dunque, si sono ripercorsi i passi che hanno condotto alla formulazione della legge n. 40/2004, in particolare al suo art. 12, c. 6, nel quale si rinviene il divieto di surrogazione di maternità («Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la multa da 600.000 a un milione di euro e la reclusione da

²⁶⁹ Le pagine di riferimento della presente tesi sono 7-20.

tre mesi a due anni»), ma senza tralasciare la disamina della legge nel suo complesso, in quanto contesto al quale il divieto di surrogazione di maternità afferisce, e che rappresenta il metro col quale lo si deve valutare, per vagliarne la coerenza, sia rispetto alla legge stessa, che rispetto all'ordinamento (italiano) nel quale è inserita, in particolare alla luce degli artt. 5 e 269 c.c. e del D.P.C.R. 396/2000, e in continuità col ragionamento sì svolto, ci si è interrogati in merito all'efficacia di tale legge. Se ne è, pertanto, riconosciuta la limitatezza, in quanto legge non laica, vincolata al concetto di “famiglia tradizionale”, non garante dei presupposti necessari per operare un concreto bilanciamento tra la tutela della *porteuse* e del nascituro, non in grado di tenere insieme i principi fondamentali sanciti sia all'interno della Costituzione che della CEDU, e connotata da un apparato sanzionatorio poco effettivo, prettamente simbolico²⁷⁰.

Quindi si è analizzato il fenomeno del c.d. turismo procreativo, usando come spartiacque per tracciare un “prima” e un “dopo” la legge n. 40/2004. Per farlo, si è partiti dal concetto di autodeterminazione, coniugandolo al tema dei diritti procreativi; si sono messi in relazione questi concetti con lo sviluppo delle tecniche di PMA, e alla luce di ciò si è analizzato il divieto di GPA di cui all'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004. Si è dato conto dell'applicazione e dell'evoluzione del divieto, alla luce della giurisprudenza, e si è segnalata quella che al momento in cui questo lavoro ha preso le mosse esisteva solo sottoforma di volontà del legislatore di estendere il divieto di GPA oltre i confini nazionali, attraverso l'integrazione del suddetto divieto con una formula capace di colpire i cittadini italiani, ovunque si fossero recati per realizzare la surrogazione di maternità: in sostanza tesa esclusivamente a contrastare il fenomeno del turismo procreativo²⁷¹.

Si è poi analizzato uno dei nodi più problematici della surrogazione di maternità, ossia la possibilità di prevederla nella sua forma commerciale, e lo si è fatto nel quadro della contrapposizione vendita-donazione, quindi mercato-dono.

²⁷⁰ Le pagine di riferimento della presente tesi sono 20-36.

²⁷¹ Le pagine di riferimento della presente tesi sono 36-56.

Per affrontare tale nodo dapprima si sono tracciate le argomentazioni a favore e a sfavore della surrogazione di maternità in assoluto, e poi le si è circoscritte all'interno del dibattito creatosi attorno alla dicotomia mercato-dono. In particolare si sono rintracciate tre posizioni: due polarizzate, ed agli antipodi tra di loro, ed una intermedia. Le si è analizzate, prima singolarmente poi mettendole a confronto. Si è giunti così a degli interrogativi costituenti il punto d'approdo della riflessione in precedenza svolta: detto altrimenti, si è giunti a chiedersi se in questa materia, sia preferibile una legislazione "pesante", che come una spada di Damocle si impone sulla volontà delle parti, oppure lasciare ampio spazio all'autonomia decisionale di queste ultime, non senza dei vincoli giuridici contrattuali, su cui i tribunali possano vigilare, ed i cui termini devono, comunque, essere dettati dal legislatore, per tutelare le parti coinvolte, neonati compresi; ci si è chiesti quali siano i criteri per operare questa scelta, e se ne esista un'altra. La conclusione cui si è giunti è che qualsiasi soluzione si provi ad apprestare non è esente da risvolti problematici, sia sul piano teorico che concreto. Da un lato, una legislazione "pesante", esito di una svolta paternalista, inciderebbe negativamente tanto sull'autodeterminazione quanto sull'esercizio dei diritti procreativi dei singoli individui; dall'altro lato lasciare spazio all'autonomia decisionale, seppur a fronte della previsione di vincoli giuridici contrattuali, può non avere valenza liberatoria per i contraenti, in quanto essi non sempre sono liberi ed eguali. Infatti, le donne, che tendenzialmente sono meno forti rispetto agli uomini sul piano contrattuale, sarebbero esposte al rischio di diventare oggetto, anziché soggetto, del contratto. In questo modo il contratto rappresenterebbe una nuova modalità di accesso e di utilizzo del corpo femminile da parte degli uomini; uno strumento per ampliare il diritto patriarcale e rendere certa la paternità degli uomini. In aggiunta, si deve tenere a mente che anche il contratto può diventare una legislazione "pesante" nella misura in cui vincola "ora per allora".

Per provare ad offrire una soluzione ad alcune delle critiche mosse alla posizione che predilige l'autonomia decisionale delle parti, si potrebbe pensare di riconoscere la validità del contratto anche quando stipulato esclusivamente tra due

donne, o tra una coppia e un'altra coppia, riconoscendo in tal modo nuovi modelli familiari e genitoriali, il tutto pensato all'interno di un pacchetto politico di richieste femminili riguardanti la PMA, cosicché il contratto stipulato nell'ambito della surrogazione di maternità non sarebbe più uno strumento prevalentemente a disposizione degli uomini, inserito in una logica prettamente patriarcale, ma uno strumento per tutte e tutti, di tutte e di tutti²⁷².

A fronte dello sviluppo, su scala globale, sia della surrogazione di maternità nello specifico, che delle tecniche di PMA in generale, si è inoltre analizzato il fenomeno in una prospettiva internazionale e comparata, per sottolineare le disomogeneità esistenti in materia, sia rispetto alla ammissione o meno della pratica in esame, sia rispetto alle sue modalità di regolamentazione. L'eterogeneità normativa che è emersa, sia in termini di regolamentazione, sia precipuamente sanzionatori, rende arduo il dialogo tra ordinamenti quando l'oggetto del discorso è, appunto, la surrogazione di maternità²⁷³. Tuttavia, tale dialogo non può far altro che rendersi necessario, poiché la surrogazione di maternità non è un fenomeno domestico, tanto meno una pratica confinata a un determinato Paese. Si parla, infatti, di maternità surrogata transazionale e di turismo procreativo. Per questo, è necessaria una riflessione condivisa a livello europeo ed internazionale. Serve garantire la certezza giuridica dello *status filiationis*, tutelare i diritti dei nati da GPA, ovunque essa abbia avuto luogo, e prevenire la discriminazione tra figli attraverso l'elaborazione di strumenti normativi comuni, o quanto meno meccanismi di coordinamento tra ordinamenti, ispirati ai principi di solidarietà, uguaglianza e tutela della persona. Naturalmente non si deve giungere ad intaccare la sfera di sovranità dei singoli Stati, però andrebbero fissati dei limiti alla discrezionalità dei legislatori, per assicurare quei diritti fondamentali di cui si è detto. Diversamente, continueranno a perpetrarsi gli stessi problemi che si sono riscontrati finora, in particolare si allude alla necessità di riconoscimento dello *status filiationis* del neonato concepito attraverso GPA, attuata laddove la pratica

²⁷² Questo discorso si è svolto nella presente tesi alle pagine 56-74.

²⁷³ Quanto detto lo si è affrontato nella presente tesi alle pagine 75-84.

è lecita; e quello dato dai riflessi penalistici della condotta dei coniugi, che dopo aver preso in consegna il neonato si sono rivolti all'autorità consolare italiana per ottenere la trascrizione del certificato di nascita nei registri di stato civile italiano²⁷⁴.

A seguito di un'analisi dei rimedi apprestati, a tal proposito, dal nostro ordinamento, e del vaglio della giurisprudenza della Corte costituzionale, della giurisprudenza di legittimità e della europea dei diritti dell'uomo, si è ragionato attorno al bilanciamento degli interessi coinvolti e si sono colte le prospettive di avanzamento, in particolar modo a livello europeo, nell'ambito della tutela dei soggetti interessati. È così emersa la contraddizione dell'ordinamento italiano, che da un lato aderendo alla CEDU cerca di recuperare il più possibile il rapporto tra genitori d'intenzione e figli, e dall'altro lato interviene con una sanzione penale, peraltro inasprita dall'ampliamento della sua portata, in quanto operante quand'anche perpetrata oltre i confini nazionali, in questo senso si è segnalata la postura del legislatore italiano, in termini di eccezionalismo rispetto alle scelte (anche di tutela penale) operate dagli omologhi di altri ordinamenti, soprattutto in ragione della pretesa pedagogica ed esemplare che presuppone la soluzione del cosiddetto reato universale²⁷⁵.

In questo senso la trattazione si è soffermata successivamente proprio sulla legge n. 169/2024, che come detto ha aggiunto all'art. 12, c. 6, 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»; di questa novella si sono inoltre cercate di illustrare le ragioni di politica criminale.

Si sono in seguito affrontati i problemi emersi con la nuova formulazione della suddetta fattispecie penale: in particolare l'applicazione della legge penale nello spazio alla luce degli artt. 7 ss. c.p. e del criterio della doppia incriminazione; un criterio quest'ultimo su cui dottrina e giurisprudenza appaiono, peraltro, divise.

²⁷⁴ Quanto qui detto è stato approfondito nella presente tesi alle pagine 84-102.

²⁷⁵ Quanto detto è stato maggiormente approfondito nella presente tesi alle pagine 102-119.

Si è quindi problematizzata la convivenza di questa legge con la libertà di circolazione dei cittadini europei all'interno dell'Unione Europea, oltre che con l'art. 8 CEDU, considerando, in aggiunta, gli aggravamenti sul piano della certezza dello *status filiationis*. Infatti, le tensioni espansionistiche della legge italiana, oltre a creare delle frizioni con le garanzie formali del diritto penale, proiettano oltre i confini italiani una scelta normativa che è però unilaterale, intervenendo arbitrariamente nella vita privata e familiare dei cittadini italiani, e non solo, e fermo restando un certo dubbio circa il rispetto dei limiti di ragionevolezza cui il margine di apprezzamento del legislatore nazionale rimane comunque assoggettato²⁷⁶.

Dopodiché, si è vagliata la scelta di ricorrere al diritto penale nell'ambito della GPA. Si è quindi esaminata la fattispecie delineata dall'ordinamento italiano, ragionando sulla scelta di politica criminale alla sua base, e al netto di una riflessione sul piano sanzionatorio, nonché sulla concreta ed effettiva applicabilità della pena.

Dalle riflessioni svolte si sono colti lo sforzo e l'impegno del legislatore italiano per contrastare “senza confini” la GPA, per impedire alle cittadine e i cittadini italiani, (ma non solo), di accedere a forme alternative di genitorialità secondo pratiche però diffuse, legittimamente regolamentate ed esercitate in altri ordinamenti. Le finalità dell'intervento legislativo sono parse essere più di tutto simboliche ed eticizzanti. La legge si è fatta scudo di un modello di famiglia “tradizionale”, incidendo negativamente sul riconoscimento dei diritti di tutte e tutti coloro che si discostano da tale modello. Il legislatore predisponendo questo “divieto universale” ha perso l'occasione di erigere un efficace apparato di tutele per la donna e il nascituro, cercando di regolamentare una pratica che non sarà un divieto penale ad estirpare, ma che, anzi, continuerà ad attuarsi, semplicemente con meno garanzie e tutele per le parti coinvolte.

²⁷⁶ In particolare se ne è parlato nella presente tesi alle pagine 129-141.

In continuità si è criticato l'uso simbolico del diritto penale da parte del legislatore del 2024: si tratta infatti di una legge distonica rispetto all'armonia delle *rationes* che sorreggono l'estensione della legge penale a fatti commessi all'estero, poiché né il tipo di reato, né i livelli di pena giustificano ragionevolmente la scelta del legislatore²⁷⁷.

In conclusione, si è ritornati al quesito che ha ricoperto una rilevanza centrale per tutta la durata della trattazione, costituendone non solo lo spunto di riflessione da cui ha originato il ragionamento che si è dipanato attraverso l'intera esposizione, ma con sempre maggiore nitidezza ne ha costituito, per l'appunto, l'approdo concettuale. Ossia, ci si è interrogati su quali potessero essere gli strumenti, a disposizione dell'ordinamento giuridico, alternativi al diritto penale, grazie ai quali rispondere alle istanze di tutela della donna e del nascituro, avendo in considerazione il contesto geografico, e di conseguenza anche culturale e sociale, molto esteso, entro cui queste richieste sono state avanzate.

Si è quindi detto che se la volontà, alla base dell'intervento, è quella di tutelare la dignità della *porteuse* e del nascituro, di mettere le donne al riparo dallo sfruttamento cui avrebbero potuto "scegliere" di assoggettarsi perché spinte dal bisogno economico, e per tutelare l'ordine pubblico, allora la risposta dell'ordinamento deve provenire da più parti: dall'educazione, da una regolamentazione che non si limiti a sanzionare in modo assoluto, senza eccezioni, una pratica multiforme, che è diffusa su scala globale, attraverso azioni positive, apprestando reali tutele per quanto concerne il diritto alla salute, all'anonimato; agendo all'interno del mercato del lavoro e del sistema del *welfare*, nonché predisponendo tutele per le bambine e i bambini che nascono da GPA, garantendo loro il diritto a mantenere relazioni chiare e stabili con gli adulti di riferimento. Insomma, un approccio basato su sicurezza e sanzione non può essere l'unica risposta ad una questione che è anche, se non soprattutto, culturale, sociale e politica²⁷⁸.

²⁷⁷ Le pagine di riferimento della presente tesi sono 141-149.

²⁷⁸ Quanto qui detto è stato più precisamente sviluppato alle pagine 173-182.

BIBLIOGRAFIA

ANASTASIA S., ANSELMi M., FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, 2. Ed., Wolters Kluwer, Milano; CEDAM, Padova, 2020.

ANGELINI F., *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità: la Legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020.

ANGELINI F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, CEDAM, Padova, 2007.

ANGLANI M. R., *Minori nati all'estero da maternità surrogata: la Corte EDU conferma la via dell'adozione in casi particolari. Profili critici e sostenibilità sul piano nazionale attuale*, in "DPCE online", n. 3, 2023, note e commenti, pp. 3037-3048.

BARGELLI E., *Famiglia (profili di diritto europeo)*, in "Enciclopedia del Diritto", n. 4, 2022, pp. 439-456.

BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Milano, 2012.

BODEL'ON E., *Il femminismo dentro e fuori la legge: la legislazione spagnola sulla violenza contro le donne*, in "Studi sulla questione criminale", n. 2, 2008, pp. 43-63.

BORLIZZI F., *Questione di sicurezza e femminismo punitivo: intervista a Tamar Pitch*, ANNO XVII, n. 1.

BRAHO H., *Motherhood Surrogacy: Progress or Exploitation?*, in "European Journal of Sustainable Development", n. 2, 2015, pp. 235-242.

BUSBY K., VUN D., *Revisiting the handmaid's tale: feminist theory meets empirical research on surrogate mothers*, in "Canadian journal of family law", n. 26, 2010, pp. 13-93.

BUSNELLI F. D., PALMERINI E., *Bioetica e diritto privato*, in “Enciclopedia del Diritto”, n. 5, 2001, pp. 142-161.

CAIELLI M., *La Corte EDU torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in “DPCE Online”, 2023, pp. 1495-1502.

CALDIRONI M., *The circulation of the child's legal status in Italy: open issues*, in “Papers di diritto europeo”, 2023, pp. 15-28.

CALVANESE E., *La surrogazione di maternità realizzata all'estero e la sua punibilità in Italia*, in “Giudicedonna”, 2023, pp. 1-9.

CAPULLI E., *Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, in “BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto”, n. 1, 2021, pp. 119-137.

CASCIO G., PATTI N., “Surrogacy, dignity and the resulting new families: a comparative analysis”. *Rethinking Law's Families and Family Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2024, pp. 104-119.

CAZZOLA S., *Le nuove pene sostitutive e il contrasto alla violenza di genere*, in “Sistema Penale”, scheda 28/11/2023, pp. 1-10.

CHIBELLI A., *La maternità surrogata e il diritto penale: l'intervento della Corte di Cassazione*, *Cassazione Penale - n.07/08 -2017*, Sez. VI, 11.10.2016, n.48696, in “Decisioni della Corte di Cassazione Codice penale 328”, pp. 2746-2762.

CREAZZO G., *La costruzione sociale della violenza contro le donne in Italia*, in “Studi sulla questione criminale”, n. 2, 2008, pp. 15-42.

DAMENO R., *Il diritto penale e il corpo delle donne*, in “Studi sulla questione criminale”, n. 2, 2016, pp. 9-41.

D'AMICO M., *Il “reato universale” di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento*, in “Rivista AIC, Osservatorio costituzionale”, n. 4, 2023, pp. 4-35.

DANISI C., *Maternità surrogata come reato “universale”*: considerazioni di diritto internazionale e dell’Unione europea, in “GENIUS”, 2023, pp. 75-94.

DANISI C., *How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence*, in “International Journal of Constitutional Law”, n. 9, 2011, pp. 793-807.

DI LELLA F., *La proposta di legge italiana sulla maternità surrogata come “reato universale”. Analisi e prospettive*, in “Actualidad Jurídica Iberoamericana”, n. 20 bis, 2024, pp. 450-465.

DI MASI M., *Sei cappelli per pensare la gpa e la tutela dei minori*, in “BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto”, n. 3, 2023, pp. 139-164.

DI NINO A., *Verso un diritto penale onnipresente? Il controverso caso della maternità surrogata all’estero*, al sito www.sistemapenale.it 18 aprile 2024, pp. 94-118, (ultimo accesso: 7/07/2025).

DI ROSA G., *Famiglia (bioetica e diritto)*, in *Enciclopedia del Diritto*, n. 4, 2022, pp. 389-417.

DOGLIOTTI M., FIGONE A., *Procreazione assistita: fonti, orientamenti, linee di tendenza: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Ipsoa, Milano, Assago, 2004.

DOLCINI E., *La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, n.4, 2014, pp. 1669-1692.

DOLCINI E., *La procreazione medicalmente assistita; profili penalistici*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1537-1602.

DOLCINI E., *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte Costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, n. 2, 2011, pp. 428-457.

DOVA M., *Maternità surrogata e diritto penale*, in “Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario”, n. 3, 2015, pp. 917-940.

FACCHI A., *Sulle radici della proprietà di sé*, in “Il Mulino, Rivisteweb”, Materiali per una storia della cultura giuridica a. XLVIII, n. 2, 2018, pp. 427-442.

FARAONI A. B., *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, in “Il diritto privato oggi”, (serie a cura di) Paolo Cendon, Giuffrè, Milano, 2002.

FAWCETT J. J., SHÜILLEABHÀIN M. N., SHAH S., *Human Rights and Private International Law*, Oxford university Press, Oxford, 2016.

FERRAJOLI L., *La questione della maternità surrogata tra diritto e morale*, in “Alternative per il socialismo” n. 3, 2016, pp. 142-147.

FERACI O., *Maternità surrogata conclusa all'estero e convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in “Cuadernos de Derecho Transnacional”, n. 2, 2015, pp. 420-439.

FERRARO L., *La maternità surrogata tra coppie same-sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU*, in “Diritto pubblico europeo rassegna online”, n. 1, 2017, pp. 234-258.

FOUCAULT M., *L'ordine del discorso. I meccanismi sociali di controllo e esclusione della parola*, Einaudi, Torino, 1972.

FRENI F., *Procreazione medicalmente assistita. La maternità solitaria e la libertà di coscienza nel procreare tra autodeterminazione della donna e revoca del consenso dell'uomo*, in “Il Mulino, Rivisteweb”, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, n. 3, 2023, pp. 750-819.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2023.

GIACONI M., *Contratto di lavoro e corpo*, in “Enciclopedia del Diritto”, n. 6, 2023, pp. 226-245.

GILLERI G., *Gestazione per altri all'italiana: persone, diritti e stereotipi di genere in un reato 'universale'*, in "Il Mulino, Rivisteweb", Diritti umani e diritto internazionale, n. 1, 2025, pp. 101-127.

GIUNGI M. M., *Mennesson c. Francia e Labasse c. Francia: le molteplici sfumature della surrogazione di maternità*, "Il Mulino, Rivisteweb", Quaderni costituzionali", n. 4, 2014, pp. 953-956.

GRASSO G., *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in "Teoria e Critica della regolazione sociale", n. 2, 2018, pp. 153-190.

GRASSO E., MOSTACCI E., *Aborto e maternità surrogata: il diritto di fronte al divorzio tra sessualità e riproduzione*, in "Politica del diritto", n. 2, 2021, pp. 167-184.

GUIZZARDI L., *L'illegittimità della surrogazione di maternità come reato universale: alcune riflessioni Queer*, in "Il Mulino, Rivisteweb", Politica del diritto, n. 1, 2024, pp. 125-150.

GUIZZARDI L., *Nostro figlio. La maternità surrogata tra dono, diritto e contratto*, in "Quaderni di teoria sociale", n. 2, 2018, pp. 79-101.

HATZIS A. N., *The regulation of surrogate motherhood in Greece*, in "SSRN 1689774", 2010, pp. 1-13

HATZIS A. N., *From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece*, in "Portuguese Economic Journal", n. 3, 2009, pp. 205-220.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts*, in "Yearbook of the International Law Commission", 2001.

KANT I., *La metafisica dei costumi*, Licenze della voce, 1797.

KHADER S. J., *Intersectionality and the ethics of transnational commercial surrogacy*, in “IJFAB: International Journal of Feminist Approaches to Bioethics”, n. 1, 2013, pp. 68-90.

LAFORGIA M., TARANTINO D., *Sulle proposte in materia di maternità surrogata: le pretese espansive del legislatore penale tra paternalismo e simbolismo*, in “L’Osservatorio sul diritto di famiglia Diritto e processo”, n. 2, 2023, al sito www.osservatoriofamiglia.it, (ultimo accesso: 10/07/2025).

LECIS COCCO ORTU A. M., *L’obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in “Genius”, n. 1, 2019, pp. 68-80.

LENTI L., *Paradiso e Campanelli c. Italia: interesse del minore, idoneità a educare e violazioni di legge*, in “Quaderni costituzionali”, n. 2, 2015, pp. 472-475.

LEOTTA C. D., PELISSERO M., *Punire la surrogazione di maternità commessa dal cittadino anche all’estero?*, in “Il Quotidiano Giuridico”, 1 agosto 2023, pp. 1-17.

LOSAPPIO G., *Procreazione assistita* in “Commentario breve alle leggi penali complementari”, (a cura di) F. Palazzo, C. Paliero, CEDAM, Padova, 2008.

MANACORDA S., COLACURCI M., *Il “reato universale”? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano*, in “La Nuova Giuridica, Florence Law Review”, n. 1, 2024, pp. 52-72.

MANNA A., *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come ‘reato universale’*, in “Sistema penale”, 18 luglio 2023.

MESSINEO E., *Gestazione per altri e integrazione dell’ordinamento*, in “Persona e Mercato”, Note e commenti, n. 1, 2024, pp. 196-220.

MOCCIA S., *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, in “Critica del diritto”, n. 4, 1998, pp. 248-257.

MOSKALENKO K., *The Legal Framework on Surrogacy in Ukraine: Quo Vadis?*, in “International Comparative Jurisprudence”, n. 2, 2023, pp. 209-225.

MONETI G., *Appunti per una definizione minima del concetto di vittima*, in “Studi sulla questione criminale”, n. 2, 2020, pp. 31-54.

(a cura di) NICCOLAI S., OLIVITO E., *Maternità, filiazione, genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.

NIMBI F. M., CIOCCA G., LIMONCIN E., SIMONELLI C., JANNINI E. A., *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata: stato dell'arte e prospettive future della genitorialità nelle coppie omosessuali*, al sito <https://doi.org/10.1007/s40619-018-0457-9>, 20 luglio 2018, pp. 196-200, (ultimo accesso: 11/07/2025).

NISTICÒ M., *Gestazione per altri: l'improprio paragone con la donazione di organi*, in “Quaderni costituzionali”, n. 2, 2016, pp. 373-376.

OLAYE-FELIX B., ALLEN D. E., METCALFE N. H., *Surrogacy and the law in the UK*, in “Postgraduate medical journal”, 2023, pp. 358-362.

OSELLA S., *Surrogazione, multidisciplinarietà, e diritto comparato. Una proposta di ricerca (molto informale)*, in “Il Mulino, Rivisteweb”, DPCE, n.4, 2023, pp. 1101-1110.

PANDE A., *Wombs in labor: Transnational commercial surrogacy in India*, Columbia University Press, New York, 2014.

PARENZO B., *Maternità surrogata, dignità e principio personalista*, in “Persona e mercato”, n. 4, 2025, pp. 1218-1245.

PASCULLI M. A., *Universale, particolare: la maternità surrogata tra amore “senza confini” e necessari limiti di legge*, in “Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it”, n. 2, 2024, pp. 1-32.

PAVONE I. R., *Gestazione per altri e turismo procreativo: dalla proibizione alla regolamentazione?*, in “BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto”, n. 4, 2024, pp. 281-310.

PEET J. L., *A womb that is (not always) one's own: Commercial surrogacy in a globalized world*, in “International Feminist Journal of Politics”, n. 2, 2016, pp. 171-189.

PELISSERO M., *Surrogazione di maternità oltre confine: una riforma penale che non affronta i nodi urgenti*, in “Il Mulino, Rivisteweb”, Diritti umani e diritto internazionale, n. 1, 2025, pp. 129-144.

PELISSERO M., *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, “Diritto Penale Contemporaneo: Rivista trimestrale”, n. 2, 2021, pp. 39-49.

PENASA S., ROMEO G., *Dilemmi morali e garanzie legali: la maternità surrogata come questione globale*, in “DPCE online”, n. 3, 2023, pp. 1-6.

PISU A., *Salute procreativa e gestazione per altri. Gli effetti avversi del divieto di maternità surrogata*, in “BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto”, n. 2, 2022, pp. 299-316.

PITCH T., *Il malinteso della vittima: una lettura femminista della cultura punitiva*, Gruppo Abele, Torino, 2022.

(a cura di) PITCH T., *Devianza e questione criminale: temi, problemi e prospettive*, Carocci, Roma, 2022.

PITCH T., *Il protagonismo della vittima*, in “dis CRIMEN articoli”, 2019, pp. 1-6.

PITCH T., PUGIOTTO A., *L'odierno protagonismo della vittima. Un dialogo tra Tamar Pitch e Andrea Pugiotto*, in “Studi sulla questione criminale”, n. 3, 2019, pp. 111-122.

PITCH T., *Contro il decoro: l'uso politico della pubblica decenza*, GLF editori Laterza, Roma; Bari, 2013.

PITCH T., *Qualche riflessione attorno alla violenza maschile contro le donne*, in “Studi sulla questione criminale”, n. 2, 2008, pp. 7-13.

PITCH T., *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza?*, in “Rassegna Italiana di Sociologia”, n. 1, 2001, pp.137-157.

PITCH T., *Un diritto per due: [la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità]*, Il saggiatore, Milano, 1998.

PITCH T., *Responsabilità limitate: attori, conflitti, giustizia penale*, Feltrinelli, Milano, 1989.

(a cura di) PITCH T., *Diritto e rovescio: studi sulle donne e il controllo sociale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1987.

PITCH T., *La questione sicurezza*, Università di Perugia.

POGGI F., *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in “Diritti umani e diritto internazionale”, n. 1, 2017, pp. 51-76.

POLI L., *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in “Diritti umani e diritto internazionale”, n. 2, 2019, pp. 418-426.

POZZOLO S., *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, in “Ragion pratica”, n. 1, 2021, pp. 161-185.

POZZOLO S., *Nuove tecnologie riproduttive: fra liberazione e nuove forme di patriarcato*, in “Diritto & Questioni pubbliche”, n. 2, 2016, pp. 53-65.

PULITANÒ D., *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici [Nota a sentenza] Maternità surrogata all'estero e alterazione di stato – Sez. VI, 11/10/2016 n. 48696*, in “Cassazione penale”, n. 4, 2017, pp. 1358-1373.

RAPOSO V. L., *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)* in “BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto”, n. 1, 2020, pp. 339-353.

RAGONÉ H., *Surrogate motherhood: Conception in the heart*, Westview Press, Boulder, 1994.

RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 5-6.

RE L., *Violenza basata sul genere e “giustizia trasformativa”. Un'alternativa al sistema penale?*, in “La legislazione penale”, 2024, pp. 1-27.

RE L., RIGO E., VIRGILIO M. (M.), *Le violenze maschili contro le donne: complessità del fenomeno ed effettività delle politiche di contrasto*, in “Studi sulla questione criminale”, n.1-2, 2019, pp. 9-33.

REZNIK O. M., YAKUSHCHENKO Y. M., *Legal considerations surrounding surrogacy in Ukraine*, in “Wiadomości Lekarskie”, n. 5, 2020, pp. 1048-1052.

RIVERA I., *La complessa questione della maternità surrogata tra rispetto dell'ordine pubblico e protezione del best interest of the child: un percorso ermeneutico non sempre coerente*, in “Sociologia del diritto” n. 1, 2020, pp. 201-222.

RODOTÀ S., *Diritti e beni in Il terribile diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013.

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, GLF editori Laterza, Roma; Bari, 2012.

RONFANI P., *I nuovi scenari della filiazione e della genitorialità*, in “Sociologia del diritto”, n. 1, 2020, pp. 76-89.

ROSANI D., *“The Best Interests of the Parents”*. *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in “BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto”, n. 1, 2017, pp. 109-134.

SALANITRO U. A., *Procreazione medicalmente assistita (diritto civile)*, in “Enciclopedia del Diritto”, n. 4, 2022, pp. 1015-1048.

SANFILIPPO P., *La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, n. 2, 2015, pp. 851-879.

SANTOSUOSSO F., *La procreazione medicalmente assistita: commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40*; prefazione di Girolamo Sirchia, Giuffrè, Milano, 2004.

SAVARESE E., *La punibilità della gestazione per altri commessa da cittadini italiani all'estero: una criminalizzazione internazionalmente illecita?*, in “Il Mulino, Rivisteweb”, n. 1, 2025, pp. 71-100.

SCHABAS W. A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

SCHILLACI A., *Gestazione per altri, relazioni tra ordinamenti e ragionevolezza: il diritto penale italiano come misura del mondo?*, in “Il mulino, Rivistaweb”, Diritti umani e diritto internazionale, n. 1, 2025, pp. 145-175.

SCHILLACI A., *Le gestazioni per altri: una sfida per il diritto*, in “BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto”, n. 1, 2022, pp. 49-70.

SERUGHETTI G., *Prostituzione e gestazione per altri: problemi teorici e pratici del neo-proibizionismo*, in “Il Mulino, Rivisteweb”, Studi sulla questione criminale, XI, n. 2, 2016, pp. 43-63.

SESTA M., *Filiazione*, in “Enciclopedia del Diritto”, n. 6, 2000, pp. 569-605.

SGORBATI B., *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in “BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto”, n. 2, 2016, pp. 111-129.

SHALEV C., *Nascere per contratto*, a cura di Gianmaria Ajani e Arianna Maffiodo, Giuffrè, Milano, 1992.

SILLA C., NICOLI B., *Frame e giustificazioni di una pratica tecnoscientifica: un'analisi del discorso sociologico sulla Gestazione per Altri (GPA)*, in “Studi Urbinati, A, 09Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche”, 75, pp. 267-298

SPADAFORA A., *Autonomia privata nei rapporti familiari*, in “Enciclopedia del Diritto”, n. 4, 2022, pp. 71-94.

SULPIZI G., *Prospettive de iure condendo in tema di violenza sulle donne e violenza domestica: spunti di riflessione, oltre le recenti innovazioni legislative*, in, “Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo”, 2024, pp. 228-247.

TITSHAW S., *ART, surrogacy, federalism and Jus Sanguinis citizenship in the US, Australia, and Canada*, in “The Asian Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law”, Brill Nijhoff, 2019, pp. 144-168.

TIGANO V., *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità arriva nella legge “Varchi”*, in “La legislazione penale”, 2024, pp. 1-53.

TIGANO V., *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata: scelte di politica criminale e modelli regolamentativi di alcuni dei principali ordinamenti europei e nordamericani*, in “GenIUS”, n. 2, 2023, pp. 100-158.

TIGANO V., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, n. 3, 2021, pp. 1043-1070.

TIGANO V., MARCO M., *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, n. 98, Giappichelli, Torino, 2019.

TRINCHERA T., *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", n. 4, 2017, pp. 1391-1431.

TRINCHERA T., *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", n. 1, 2015, pp. 412-439.

VALLINI A., *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in "GenIus", 2024, pp. 1-37.

VALLINI A., *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in "disCrimen", 2020, pp. 1-31.

VALLINI, A., *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", 2017, pp. 899-914.

VALLINI A., *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, in "Enciclopedia del Diritto", 2016, pp. 696-724.

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

VESTO A., *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità: fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, Giappichelli, 2018.

VILLIGER M. E., *Handbook on the European Convention on Human Rights*, Brill, Leiden, 2022.

WHITE P. M., *Commercialization, Altruism, Clinical Practice: Seeking Explanation for Similarities and Differences in Californian and Canadian Gestational Surrogacy Outcomes*, in "Women's health issues", n. 3, 2018, pp. 239-250.

ZAMMARCHI N., *La sanzione all'estero della «maternità surrogata»*. *Considerazioni sulla l. n. 169 del 2024*, in “Giurisprudenza Penale”, pp. 1-17.

ZULLO S., *Dal divieto alla regolamentazione “a contratto” della gestazione per altri. Ragioni normative a confronto*, in “BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto”, n. 2, 2024, pp. 115-123.

GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza di legittimità – Corte di Cassazione

Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668.

Cass., civ., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.

Cass., pen., sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525.

Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001.

Cass., sez. civ. lavoro, 25 novembre 2010, n. 23933.

Cass., pen., sez. I, 17 settembre 2002, n. 38401.

Giurisprudenza costituzionale – Corte Costituzionale

Corte Cost., del 28 marzo 2022, n. 79.

Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33.

Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162.

Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151.

Giurisprudenza Convenzionale – Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

C. c. Italia, ricorso n. 47196/21, sent. CEDU, 31 agosto 2023.

K.K. e altri c. Danimarca, ricorso n. 25212/21, sent. CEDU, 6 dicembre 2022.

D.B. e altri c. Svizzera, ricorsi n. 58817/15 e 58252/15, sent. CEDU, 22 novembre 2022.

A.L. c. Francia, ricorso n. 13344/20, sent. CEDU, 7 aprile 2022.

S.-H. c. Polonia, ricorsi n. 56846/15 e 56849/15, sent. CEDU, 16 novembre 2021.

Valdis Fjölnisdóttir e altri c. Islanda, ricorso n. 71552/17, sent. CEDU, 18 maggio 2021.

Gawlik c. Liechtenstein, ricorso n. 23922/19, sent. CEDU, 16 febbraio 2021.

D. c. Francia, ricorso n. 11288/18, sent. CEDU, 16 luglio 2020.

C. e E. c. Francia, ricorsi n. 1462/18 e 17348/18, sent. CEDU, 19 novembre 2019.

Paradiso e Campanelli c. Italia, ricorso n. 25358/12, sent. CEDU, 24 gennaio 2017.

Bédat c. Svizzera [GC], ricorso n. 56925/08, sent. CEDU, 29 marzo 2016.

Haldimann et al. c. Svizzera, ricorso n. 21830/09, sent. CEDU, 24 febbraio 2015.

Labassee c. Francia, ricorso n. 65941/1, sent. CEDU, 26 giugno 2014.

Mennesson c. Francia, ricorso n. 65192/11, sent. CEDU, 26 giugno 2014.

Evans c. Regno Unito [GC], ricorso n. 6339/05, sent. CEDU, 10 aprile 2007.

Smith et al. c. Regno Unito, ricorsi n. 33958 e 33986 del 1996, sent. CEDU 27 settembre 1999.

Giurisprudenza dell'Unione europea – Corte di Giustizia dell'Unione Europea

V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”, sent. CGUE, causa C-490/20, 14 dicembre 2021.

Proposte di legge in modifica alla legge n. 40/2004

A. C. 1026

Camera dei Deputati, d. d. l. n. 1026, di iniziativa dei deputati Lupi, Bicchielli, Cavo, Alessandro Colucci, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*, Presentata il 21 marzo 2023, in www.camera.it.

A. C. 887

Camera dei Deputati, d. d. l. n.887, di iniziativa dei deputati Varchi, Almici, Ambrosi, Amich, Colosimo De Corato, Deidda, Di Giuseppe, Iaia, Longi, Lucaselli, Malaguti, Marchetto, Aliprandi, Morgante, Tremaglia, Urzì, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*, Presentata il 15 febbraio 2023, in www.camera.it.

A. C. 342.

Camera dei Deputati, d. d. l. n. 342, di iniziativa dei deputati Candiani, Barabotti, Bof, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*, Presentata il 14 ottobre 2022, in www.camera.it.

DDL S. 824

Senato della Repubblica, Disegno di legge n. 824, “Disposizioni in materia di maternità surrogata”, presentato il 13 aprile 2023, XIX Legislatura, approvato definitivamente il 16 ottobre 2024 e promulgato con Legge 18 novembre 2024, n. 176, in G.U. n. 270/2024 in www.senato.it.

Sitografia

<https://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.306.18PDL0003300.pdf>.

<https://doi.org/10.1007/s40619-018-0457-9>.

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

www.associazionelucacoscioni.it.

www.camera.it.

www.echr.coe.int.

www.hcch.net.

www.osservatoriofamiglia.it.

www.senato.it.

www.sistemapenale.it.

