

La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge “Meloni” e della proposta di legge dell’Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica ¹.

di **Filomena Gallo, Francesca Re, Roberto D’Andrea, Alessia Cicatelli, Elena Ardito, Mariangela Miceli, Laura Maria Rita Negri e Paola Stringa**

Sommario. **1.** Introduzione: La Gravidanza per Altri verso una criminalizzazione “universale”. – **2.** Il reato di surrogazione di maternità nei progetti di legge C. 306 (Meloni e altri) e C. 2599 (Carfagna e altri). – **2.1** In relazione alla tecnica normativa. – **2.2** In relazione alle scelte di politica criminale. – **2.3** In relazione all’effettività e l’efficacia delle proposte di legge. – **3.** Disciplina attuale dello status giuridico del nato da GPA all’estero. – **3.1** Gravidanza per altri realizzata all’estero in virtù di regolamentazione statale e trascrizione atti di nascita in Italia. – **4.** Cosa sono i reati universali? – **4.1** Il principio di universalità. – **4.2** Le fattispecie incriminatrici su cui si innestano le proposte Meloni e Carfagna. – **4.3.** L’(assenza di o l’imperialismo dell’)“universalità” delle proposte Meloni e Carfagna. – **5.** Emendamenti presentati sulla Pdl 306 (Meloni e altri). – **6.** Prospettive di riforma: il progetto di legge presentato dall’Associazione Luca Coscioni

1. Introduzione: La Gravidanza per Altri verso una criminalizzazione “universale”²

La legislazione italiana vieta già la “maternità surrogata”, che indicheremo in questo contributo con la locuzione “Gravidanza per altri”, ovvero sia quella tecnica di procreazione medicalmente assistita mediante la quale una donna decide di portare avanti una gravidanza per conto di una persona o di una coppia. Questa condotta (attualmente) costituisce reato ai sensi della legge 40 del 2004, che detta “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” e che all’art. 12, co. 6 punisce con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con una multa da 600.000 euro fino a 1 milione di euro chiunque “realizza, organizza o

¹ Il [testo](#) nasce dal lavoro di numerosi giuristi e realtà associative per i diritti civili e la salute riproduttiva ed è stato promosso dall’Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica e dall’Associazione Certi Diritti.

² Paragrafo a cura del Gruppo dei Giuristi per le Libertà dell’Associazione Luca Coscioni per la Libertà della Ricerca Scientifica: P. STRINGA, E. ARDITO, M. MICELI, L.M.R. NEGRI



pubblicizza la commercializzazione di gameti o embrioni o la surrogazione di maternità".

Recentemente, in data 19 aprile 2022, la Commissione Giustizia della Camera **ha adottato il testo base di un nuovo progetto di legge a prima firma dell'On. G. Meloni (C-306)**, al vaglio della Commissione unitamente ad un'altra proposta simile, a prima firma dell'On. M. Carfagna. I due progetti di legge, a parte alcune differenze relative al soggetto attivo del reato – di certo non di poco conto – propongono di perseguire la maternità surrogata come **reato universale "anche se commesso all'estero"**.

Il testo, così come proposto e licenziato dalla Commissione Giustizia, vorrebbe, infatti, rendere universalmente perseguibile *chiunque* (e, dunque, non solo i cittadini italiani) ed in qualsiasi forma realizzi, organizzi o pubblicizzi la surrogazione di maternità *tout court*, senza distinzione tra le finalità solidaristiche o commerciali, anche nei Paesi in cui tale pratica è oggetto di specifica e puntuale normativa che prevede limiti di accesso e pone specifici divieti al fine di tutelare al meglio la gestante e i nascituri, disciplinando, inoltre, le modalità di prestazione di un valido consenso ad opera della gestante.

La surrogazione di maternità verrebbe così a qualificarsi quale reato universale, considerato tale anche se commesso al di fuori della sfera di sovranità territoriale italiana.

Come noto, gli Stati hanno il potere di esercitare la propria giurisdizione sul territorio nazionale e, in taluni casi, anche in situazioni "ibride", in forza di particolari disposizioni normative, nei confronti dei cittadini che abbiano compiuto reati all'estero o di stranieri che, dovunque si trovino, abbiano commesso un reato contro un cittadino dello Stato (cfr., più ampiamente, gli artt. 7 ss. c.p., su cui a breve si tornerà). Un'eccezione a questo meccanismo è la c.d. giurisdizione universale, che si fonda sul riconoscimento della rilevanza transazionale, appunto universale, di determinati gravi reati. Talune norme internazionali sono talmente rilevanti da valere in ogni luogo: tutti gli Stati devono impegnarsi affinché tali norme siano rispettate e affinché le loro eventuali violazioni siano perseguite; casi emblematici riguardano crimini estremamente gravi quali il genocidio, la tortura e i crimini di guerra.

In effetti, diverse disposizioni codicistiche sono dedicate ai casi in cui è possibile estendere la giurisdizione italiana ai reati commessi all'estero (artt. 7-10 c.p.), in risposta a diverse esigenze statuali.

Per ciò che qui interessa vengono in rilievo gli artt. 7 e 9 c.p., nel cui ambito di applicazione, a parere di chi scrive, si potrebbe alternativamente ipotizzare l'inquadramento della proposta di legge in esame.

In particolare, l'art. 9 c.p. riguarda il delitto comune commesso all'estero dal cittadino italiano e prevede che quest'ultimo è soggetto alla giurisdizione italiana se il fatto commesso all'estero è punito dalla legge italiana con la pena dell'ergastolo o con la reclusione nel minimo non inferiore a tre anni.



Il secondo comma specifica, inoltre, che qualora si tratti di delitto per cui è prevista una pena detentiva inferiore (come nel caso della surrogazione di maternità) il colpevole è punito dietro **specificata richiesta del Ministro della Giustizia** (ovvero a istanza o a querela della persona offesa, condizione che nella fattispecie in esame, tuttavia, non rileva).

L'estensione della punibilità oltre i confini territoriali si giustifica quindi in ragione della rilevante gravità dell'offesa, sancita dall'elevata pena detentiva prevista *ex lege* o dalla valutazione di opportunità del Ministro della Giustizia, che ha carattere eminentemente discrezionale ed implica una ponderazione caso per caso.

Inoltre, per poter procedere ai sensi dell'art. 9 c.p., è necessaria la presenza del reo nel territorio dello Stato, elemento che, secondo autorevole dottrina, determina allarme sociale e rileva quale condizione di punibilità, legittimando di conseguenza un intervento delle autorità (Manzini, Bricola, Mantovani, Antolisei, Fiore C.).

D'altra parte, si è opportunamente rilevato come sia necessaria anche la **condizione della doppia incriminazione**, in quanto **la disciplina degli artt. 9 e 10 c.p. sarebbe ancorata al presupposto di un comune riconoscimento di disvalore tra ordinamento italiano e ordinamento del luogo in cui il fatto è stato commesso**. Questa interpretazione appare infatti coerente con i principi generali dell'ordinamento, non solo in riferimento al significato "sostanziale" del **principio di legalità**, ma anche a quello di **personalità della responsabilità penale**, che altrimenti prescinderebbe da quella che ormai è una sua componente essenziale, vale a dire la possibilità per il soggetto agente di percepire il significato antigiusdittico del fatto (Ronco, Manna).

Peraltro, va evidenziato che molti ordinamenti stranieri prevedono, per l'appunto, la doppia incriminazione come condizione necessaria per l'estensione della legge penale nazionale ai fatti commessi all'estero.

Ebbene, ipotizzando l'applicazione della disciplina di cui all'art. 9 c.p. alla fattispecie della surrogazione di maternità commessa all'estero, ci si accorge fin da subito che tale operazione non appare giuridicamente sostenibile.

Gli elementi ostativi sono: da un lato, la mancanza del requisito della doppia incriminazione nel caso in cui la GPA venga posta in essere in ordinamenti in cui è lecita e oggetto di specifica disciplina; dall'altro, la necessaria autorizzazione del Ministro della Giustizia. Condizione, quest'ultima, che dall'entrata in vigore della L. 40/2004 non si è mai verificata, a dimostrazione dello scarso interesse da parte dello Stato di punire tali pratiche se commesse all'estero, forse anche in considerazione del fatto che una simile scelta si porrebbe in netto contrasto con i già citati principi generali dell'ordinamento.

È ora necessario ipotizzare l'inquadramento della proposta di legge nell'ambito di applicazione dell'art. 7 comma 1 n. 5 c.p., come peraltro "preteso" nello stesso testo della proposta di legge.



L'art. 7 c.p., che prevede la deroga al principio della territorialità in relazione ad alcuni reati punibili *incondizionatamente* secondo la legge italiana, anche se commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero, stabilisce in particolare, al n. 5, che sono punibili secondo la legge penale italiana i reati per i quali speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali ne stabiliscono l'applicabilità.

I reati così individuati sono espressamente sottratti dal legislatore alle condizioni di procedibilità degli artt. 9 e 10 c.p.

Tale disposizione si ispira al principio della giurisdizione universale secondo cui un individuo che ha commesso un crimine può essere perseguito e processato anche se il soggetto agente, i fatti contestati e le vittime non presentino alcun criterio di collegamento con le autorità giudiziarie procedenti e, dunque, solo ed esclusivamente in ragione dell'estrema gravità del fatto commesso. L'universalità trae origine dall'idea di base per cui alcune condotte ledono i valori e gli interessi dell'intera Comunità internazionale; proprio in ragione della straordinaria gravità di tali crimini, qualsiasi Stato potrebbe, in linea generale, esercitare la propria giurisdizione nei confronti del soggetto responsabile, in deroga ai tradizionali criteri della territorialità e/o della nazionalità del reo o della vittima.

Secondo la dottrina, il n. 5 dell'art. 7 c.p. sarebbe infatti espressione del principio di universalità per i *delicta juris gentium*, quali, per citarne alcuni, quelli di sfruttamento della prostituzione, di riduzione in schiavitù, di genocidio, di discriminazione razziale, di dirottamento aereo e di traffico di stupefacenti, tutti sanzionati da appositi trattati internazionali.

Nello stesso spirito, nella dottrina internazionalistica (Focarelli, Cassese, Orakhelashvili) e anche in note pronunce giurisprudenziali (caso Furundzija di fronte al Tribunale penale per la ex Jugoslavia) si è inoltre affermata la tesi secondo cui il ricorso alla giurisdizione universale sia legittimo in caso di violazione di norme di *jus cogens*, la cui definizione esatta è sfuggente nel diritto internazionale ma che possono delinearci quali norme imperative che tutelano i valori più importanti dell'ordinamento internazionale, che non possono essere in nessun modo derogate e che sono al vertice della gerarchia delle fonti di diritto internazionale (Picone).

Alla luce di questo quadro, configurare la surrogazione di maternità come reato universale, che legittimi l'applicazione della legge italiana ai sensi dell'art. 7, comma 1, n. 5 c.p., appare concettualmente erroneo nonché paradossale.

La modifica normativa che si vorrebbe introdurre mira infatti a punire universalmente la surrogazione di maternità: eppure, innanzitutto tale condotta appare così lontana dalle violazioni appena accennate che già a livello nazionale la giurisprudenza ha espressamente escluso la sua punibilità (cfr. Cassazione n. 31409 del 13 ottobre 2020); inoltre, il progetto di legge si propone di imporre una classificazione valoriale degli interessi coinvolti che si contrappone alle autonome valutazioni di altri Paesi (che diversamente



considerino il fenomeno), e che, d'altra parte, paradossalmente, si rivela inidonea proprio alla tutela in concreto dei soggetti che si vorrebbero garantire. Sul punto occorre evidenziare come tanto a livello normativo, quanto nella giurisprudenza nazionale e internazionale, venga garantita una maggiore tutela ai minori nati a seguito di maternità surrogata, a garanzia del loro "interesse preminente" che comprende il diritto alla vita familiare, nonostante i cc.dd. genitori sociali siano assoggettabili alla pena della reclusione da tre mesi a due anni per il ricorso alle tecniche di GPA.

Per quanto concerne i rapporti internazionali, invece, il cortocircuito è evidente: sarebbe violato il principio della doppia incriminazione, in base al quale, ai fini delle perseguibilità e punibilità di un reato in territorio estero, è necessario che il fatto venga considerato illecito sulla base della legge penale di entrambi gli Stati coinvolti.

Nella genericità ed indeterminatezza della norma così come eventualmente modificata, senza specificazione di una condotta tipica, non è inoltre chiaro se si intenda incriminare eventuali agenzie ed associazioni che forniscono assistenza *in loco* agli aspiranti genitori.

Da un lato, vanno certamente inclusi nel raggio d'azione della disposizione coloro che sono coinvolti nell'organizzazione dell'intera procedura - i gestori della clinica, il personale medico ed amministrativo - mentre, dall'altro, permangono dubbi sulla figura dei committenti, ossia gli aspiranti genitori. La dottrina è tuttavia concorde nell'estendere la responsabilità penale anche a questi ultimi, il che può essere anche ricavato dalla lettera dell'art. 12, comma 8, L. 40/2004, che esclude la responsabilità dell'uomo e della donna ai quali sono applicate le tecniche di procreazione medicalmente assistita nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 dello stesso articolo: «la mancata menzione del sesto comma, che contempla la surrogazione di maternità, rappresenta un chiaro indicatore della *voluntas legis* di coinvolgere anche i committenti» (Pellissero). Dunque, se l'azione penale fosse esercitata nei confronti dei committenti (cittadini italiani) ai sensi dell'art. 9, comma 2, c.p., sarebbero necessarie: 1) la presenza del reo nel territorio dello Stato; 2) la richiesta del Ministro della Giustizia; 3) il requisito della doppia incriminazione (sempre assente quando la condotta è commessa in uno Stato in cui è lecita).

D'altra parte, qualora si voglia procedere ai sensi dell'art. 10 c.p. nei confronti degli stranieri, non committenti ma organizzatori (gestori, medici, personale amministrativo della clinica estera), va rilevato che il requisito della presenza del reo nel territorio dello Stato si presumerebbe normalmente mancante.

Se si volesse invece procedere ai sensi dell'art. 7, comma 1, n. 5 c.p., nei confronti di cittadini italiani o stranieri, pur non essendo richieste in tal caso specifiche condizioni di procedibilità, si tratterebbe di un'ipotesi in palese contrasto con la *ratio legis* della disposizione, ispirata al perseguimento dei reati universali e che invece verrebbe utilizzata, in modo strumentale e del tutto fuorviante, per estendere la giurisdizione italiana ad un reato che non è



affatto universale, semplicemente perché non percepito come tale dalla comunità internazionale. Talché, anche in questo caso, si ritiene che l'azione penale non possa essere esercitata nei confronti degli organizzatori né nei confronti dei committenti.

2. Il reato di surrogazione di maternità nei progetti di legge C. 306 (Meloni e altri) e C. 2599 (Carfagna e altri)³

Occorre adesso analizzare, in modo dettagliato, il reato di maternità surrogata così come previsto nei progetti di legge in esame, esaminati dalla commissione Giustizia della Camera che ha poi licenziato il testo a prima Firma Meloni.

Si osserva, in primo luogo, che i progetti di legge C. 306 (Meloni e altri) e C. 2599 (Carfagna e altri) in tema di maternità surrogata realizzata all'estero perseguono, nonostante alcune strutturali differenze normative, la finalità di estendere la punibilità - già sancita dall'art. 12 co. 6 della legge 40/2004 in relazione alle pratiche di gravidanza per altri - anche quando questa sia realizzata all'estero (da cittadino italiano nel caso della proposta di legge C. 2599)⁴.

Conseguentemente, occorre evidenziare che in relazione alle proposte di legge oggetto di esame, vengono in rilievo tre distinti profili problematici: quello attinente alla **tecnica normativa**, quello attinente alle **scelte di politica criminale**, ed infine quello relativo **all'effettività e l'efficacia di tali proposte**, come meglio specificato nel prosieguo.

2.1. In relazione alla tecnica normativa.

Da un punto di vista tecnico-normativo, entrambe le formulazioni sono contrarie al principio di legalità, soprattutto rispetto alla sua declinazione in

³ A cura di Francesca Re, avvocato e dottore di ricerca in diritto penale. Membro di giunta dell'Associazione Luca Coscioni per la Libertà di Ricerca Scientifica e coordinatrice dei Giuristi per le Libertà. Il testo sviluppa le considerazioni esposte in sede di audizione sui progetti di legge Meloni e Carfagna presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in data 13 aprile 2022.

⁴ Entrambe le proposte di legge all'esame della Commissione intervengono sull'**articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004** (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), che punisce con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro «*chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*». Pur avendo il medesimo titolo, ed esprimendo nelle relazioni illustrative la medesima volontà di perseguire il reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, il testo della proposta C. 603 (*Meloni e altri*) estende la punibilità tanto del commercio di gameti quanto della maternità surrogata ai fatti commessi da chiunque all'estero, mentre la proposta C. 2599 (*Carfagna e altri*) estende la punibilità del solo reato di surrogazione della maternità ai fatti commessi da un cittadino italiano all'estero

termini di tassatività e determinatezza della fattispecie, principi che dovrebbero presidiare le norme penali in funzione della stessa efficacia del sistema penale: “la determinatezza delle fattispecie incriminatrici rappresenta una condizione indispensabile perché la norma penale possa efficacemente fungere da guida al comportamento del cittadino”⁵. Nel caso relativo alla gravidanza per altri, l’art. 12 co. 6 della L. 40, a cui le proposte di legge in esame accedono e si riferiscono, è stato, sin dalla sua introduzione, al centro di critiche rispetto alla sua formulazione.

Nella proposta di legge 2599, si prevede che il “reato di surrogazione di maternità è perseguibile anche quando è commesso in territorio estero da cittadino italiano”. Neanche nella proposta di legge in esame vi è traccia della descrizione di una condotta tipica; la tecnica normativa, chiaramente “sintetica” e non certo “descrittiva” fa riferimento ad un concetto, quello di surrogazione di maternità, che però non trova nel testo della proposta né all’interno della L. 40/2004 una definizione precisa. Già solo la parola “maternità”, alla luce dell’evoluzione delle tecniche di riproduzione e delle relative formazioni familiari, ha di per sé una pluralità di significati.

L’art. 12, co. 6, cit., punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro “*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*”. La formulazione è ambigua.

Come evidenziato dalla dottrina, infatti, si presta ad una duplice interpretazione dal momento che “oggetto” delle condotte di realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione è sintatticamente la “commercializzazione”, che può riferirsi tanto a gameti o embrioni quanto alla stessa surrogazione di maternità. In questo caso la norma andrebbe a sanzionare la sola gravidanza per altri di natura commerciale e non anche quella solidale (coerentemente a quanto avviene rispetto ai gameti che possono essere, appunto, donati). Alternativamente, alcune letture considerano le condotte direttamente riferibili alla surrogazione di maternità, che dunque risulterebbe *tout court* vietata.

Tale ambiguità è il primo sintomo di una pessima tecnica normativa, rivelatrice di difetti di tassatività e determinatezza resi ancora più evidenti dalle proposte di legge in esame.

L’art. 12 co. 6, lungi dal definire il concetto di “surrogazione di maternità”, si limita a stigmatizzare un fatto, ad evocare negativamente il concetto normativamente nuovo di “surrogazione di maternità”. In questo modo, non si opera alcuna chiara delimitazione tra lecito e illecito penale. Esito particolarmente problematico rispetto a un percorso come quello della gravidanza per altri che è variegato nelle forme di manifestazione, a ognuna delle quali potrebbe corrispondere un disvalore qualitativamente e

⁵ FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2012, pagg. 77-78.

quantitativamente differente; e che, inoltre, implica l'apporto di varie persone, a diverso titolo, in momenti e luoghi distinti, sicché sarebbe necessario che la norma precisasse quali di queste azioni, di quali soggetti, in quali fasi, debbano ritenersi delittuose.

In effetti, la "gravidanza per altri" può essere a scopo solidaristico oppure commerciale; all'interno delle forme commerciali potrebbero individuarsi rischi di un possibile "sfruttamento". Le tecniche di fecondazione assistita consentono diverse combinazioni genetiche e familiari: l'embrione può essere prodotto con i gameti dei due aspiranti genitori e trasferito poi nell'utero di altra donna; essere prodotto grazie alla altrui donazione di gameti, femminili (provenienti dalla stessa prestatrice/locatrice di utero, o da altra donna ancora) e/o maschili (eventualmente provenienti dal partner della madre per procura). Altra variabile, di non poco significato per chi asserisce il primato della famiglia "tradizionale": la coppia richiedente potrebbe essere omosessuale, o la richiesta potrebbe provenire da single o da persona di età avanzata.

Dunque: nel punire, genericamente, la "surrogazione di maternità" e nell'estenderne la punibilità anche se commessa all'estero, non è chiaro a quale fattispecie, tra le tante possibili, la disposizione faccia riferimento. Punire tutte le fattispecie e dunque tutti i contributi causali significa incriminare indistintamente condotte eterogenee portatrici di diverso disvalore penale.

Tali rilievi attengono ad un profilo meramente tecnico, che richiama i principi regolatori della normazione penale, ed in particolare il principio di legalità, da cui geminano, appunto, i corollari di precisione, determinatezza e prevedibilità dei contenuti della norma incriminatrice.

2.2 In relazione alle scelte di politica criminale.

Occorre premettere che le carenze di tassatività e determinatezza sopra descritte producono un'importante conseguenza anche dal punto di vista dell'individuazione del bene giuridico tutelato. Il bene giuridico oggetto della tutela penale ha, in effetti, anche la funzione di delineare le scelte del legislatore in merito – appunto – alla politica criminale perseguita.

Nel caso della gravidanza per altri, mancando la definizione e la descrizione puntuale delle condotte punite rispetto alla realizzazione di tale percorso, non è possibile per l'interprete identificare che tipo di offesa il legislatore volesse prevenire nel 2004 e cosa oggi intenda effettivamente perseguire con l'estensione della punibilità anche ai fatti commessi all'estero. Il fumoso richiamo al concetto di dignità della donna, pur apparendo molto "evocativo", risulta ben poco "denotativo" di un'offesa empiricamente dimostrabile. Tanto è fumoso il bene asseritamente tutelato dalla norma e dalle proposte di legge in esame, quanto è invece concreto il superiore interesse del figlio minore in

carne e ossa, misurato in rapporto alla realtà delle sue relazioni affettive e sociali.

E proprio la dignità umana rappresenta, in generale nell'ambito bioetico, ed in particolare all'interno della legge 40/2004, il bene giuridico più invocato, costituendo spesso oggetto di tutela delle varie disposizioni di carattere penale. Sembra quasi che la dignità umana sia una sorta di bene giuridico "onnipresente", spesso invocato in combinazione con beni giuridici di maggiore concretezza e tangibilità, ma altre volte lasciato come unico bene oggetto di tutela di fattispecie di reato altrimenti prive di fondamento. Invocare la dignità umana, come bene da tutelare al di sopra di qualsiasi altro interesse (la sperimentazione, il progresso, la genitorialità, la tutela del minore), ha un forte impatto emotivo sui consociati. Rappresenta infatti quel valore che accomuna qualsiasi essere umano e che può essere suscettibile di diverse interpretazioni. Il rischio è che tale bene "si presti con eccessiva precipitazione e con soverchio automatismo a fungere da bene-ricettacolo delle reazioni di panico morale da cui veniamo sopraffatti di fronte alle nuove e sorprendenti *chances* di intervento manipolativo consentite dall'evoluzione della genetica e delle bio-tecnologie"⁶.

Se non riusciamo a delineare le modalità di intervento lesivo su tali beni allora non possiamo legittimare l'intervento del diritto penale in tale ambito. Questo perché il principio di necessaria offensività presuppone che l'azione umana incriminata provochi un danno (o almeno un pericolo) al bene tutelato dalla norma. Sarebbe dunque illegittimo incriminare o semplicemente vietare un comportamento che in realtà non provochi alcun danno al bene oggetto di tutela. Sarebbe altrettanto illegittimo interdire un'attività - senza previamente bilanciare gli interessi in gioco - al fine di proteggere un determinato bene non valutando come, al contempo, contestualmente tale divieto provochi un danno ad un altro bene giuridico. Il diritto penale interviene in modo frammentario sia in relazione ai beni giuridici da tutelare sia in relazione alle modalità di aggressione ad uno stesso bene giuridico. Bilanciare significa valutare quale bene giuridico sia, di volta in volta, maggiormente meritevole di tutela penale. Un diritto penale consapevole del suo carattere sussidiario ed ispirato al principio di laicità, in grado di conservare una concezione liberale o critica del bene giuridico, non può tollerare l'incriminazione di fatti privi di dannosità sociale, che si limitano ad essere in contrasto con una determinata visione etica ed ideologica della vita.

Da un punto di vista di politica criminale vengono poi in rilievo due aspetti distinti afferenti al diritto interno e a quello sovranazionale.

⁶ FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale fra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 552

a) Diritto interno:

Il divieto, così come esteso e rafforzato e come risultante dalle proposte di legge in esame, mira a superare gli orientamenti della giurisprudenza nazionale, impegnata, a seguito dell'entrata in vigore della legge 40, a disciplinare lo status del nato da procreazione assistita eterologa (fra cui la gravidanza per altri) avvenuta anche all'estero.

In sintesi, secondo l'orientamento dei tribunali, quando il genitore puramente biologico, ma non "intenzionale e affettivo", contribuisce alla nascita, negare *a priori* il rapporto di genitorialità con i genitori invece "sociali, intenzionali, affettivi" significherebbe non già garantire un'altra, e migliore, identità familiare al figlio, bensì disgregarne l'identità familiare per difetto di alternative⁷.

Ad oggi i tribunali italiani non hanno mai ritenuto di punire la realizzazione di GPA, effettuata all'estero, ai sensi dell'art. 6 c.p, che consente la punibilità di un fatto quando alcune condotte, anche solo preparatorie, abbiano determinato il suo compimento. Questo perché la giurisprudenza ha ritenuto gli atti preparatori inidonei o comunque non univocamente espressivi di un programma criminoso. Le condotte effettivamente afferenti e causalmente orientate alla realizzazione della GPA sono tutte realizzate in territorio estero, e per questo non punibili ai sensi dell'art. 6 c.p.

Il rafforzamento dell'impianto sanzionatorio ha il dichiarato scopo di dissuadere dal ricorso a tale tecnica di procreazione medicalmente assistita, a discapito però del nato che si pretende invece di tutelare. Infatti, il divieto assoluto, in termini di politica criminale, lungi dall'averne un'efficacia deterrente, favorirebbe la clandestinità della pratica di PMA, così riducendo enormemente la tutela del minore.

⁷ Trib. Varese, ud. 8.10.2014, Giud. Sala sintetizza bene il concetto comune alla giurisprudenza nazionale sul tema: "lo Stato non può negare il riconoscimento del rapporto di filiazione tra i genitori che hanno fatto ricorso all'estero alla surrogazione di maternità e i bambini nati all'esito di tale tecnica per il concepimento, perché altrimenti lo Stato violerebbe un diritto convenzionalmente tutelato (il diritto dei minori al rispetto della loro vita privata). Pertanto, il soggetto che ricorre a metodi di fecondazione diversi da quelli consentiti e disciplinati dalla legge nazionale «non può vedersi disconoscere sic et simpliciter il proprio rapporto genitoriale, perché ciò costituirebbe una lesione intollerabile all'identità del figlio, ma al contempo non può formalmente dichiarare le circostanze in cui è nato il discendente, perché non è stata introdotta alcuna legislazione in ambito interno destinata a disciplinare simili attestazioni».

b) Diritto sovranazionale:

Le due proposte di legge in esame si pongono, altresì, in evidente contrasto con quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in merito alle conseguenze derivanti dal percorso di GPA nei confronti del nato a seguito del ricorso a tali tecniche di PMA. La Corte, infatti, ha sempre riconosciuto massima tutela al superiore interesse del minore, tanto che è arrivata nel 2014 a condannare la Francia per non aver trascritto un certificato di nascita del minore nato all'estero a seguito di GPA, così violando l'art. 8 della CEDU. Dalla giurisprudenza della Corte EDU si desume chiaramente l'esistenza di un obbligo positivo (discendente dall'art. 8 CEDU) in capo agli Stati contraenti di assicurare il prevalente interesse del minore, anche quando sia nato per effetto di una pratica vietata dallo Stato di residenza nel quale il bambino vive.

2.3 In relazione all'effettività e l'efficacia delle proposte di legge.

Quanto a quest'ultimo punto, occorre evidenziare che l'art. 6 comma 1 c.p. sancisce innanzitutto il principio di territorialità, affermando che è punito secondo la legge italiana "*chiunque commette un reato nel territorio dello Stato*". Nel secondo comma dell'art. 6 il legislatore ha in proposito accolto il c.d. principio di ubiquità, stabilendo che il reato si considera commesso nel territorio italiano quando l'azione o l'omissione che lo costituisce è ivi avvenuta in tutto o in parte. Ovviamente ci si chiede se la parte di azione od omissione debba almeno integrare gli estremi di tentativo punibile; in realtà si concorda sul fatto che tali azioni rappresentino un anello essenziale della condotta conforme al modello criminoso.

Rispetto a tale principio occorre evidenziare che ad oggi, in piena vigenza del divieto di gravidanza per altri ai sensi dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004, la giurisprudenza non ha mai ritenuto gli atti preparatori realizzati in Italia idonei o comunque univocamente espressivi di un programma criminoso. Le condotte effettivamente afferenti e causalmente orientate alla realizzazione della GPA sono tutte realizzate in territorio estero, e per questo non punibili ai sensi dell'art. 6 c.p.

Gli artt. 7, 9 e 10 c.p. contemplano invece diverse ipotesi di reati comuni commessi all'estero rispettivamente differenziate in ragione della natura del reato in questione. Alcuni reati, previsti dall'art. 7 c.p. commessi in territorio estero vengono incondizionatamente puniti secondo la legge italiana, alcuni identificati dallo stesso articolo 7 (contraffazione di sigilli, falsità in monete), altri indicati come "reati per i quali speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana". L'art. 9, invece, disciplina il fenomeno della punibilità del cittadino per i delitti comuni commessi all'estero diversi da quelli contemplati dall'art. 7, prevedendo due condizioni alternative di punibilità: 1) fatto punito con l'ergastolo o la reclusione non inferiore ai 3 anni; 2) che il cittadino si trovi nel territorio dello Stato. Se si tratta di delitto per cui è stabilita una pena restrittiva della libertà

personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia.

Considerando che l'art. 12 comma 6 della legge 40/2004 prevede la pena della reclusione da 3 mesi a 2 anni, sarebbe comunque necessaria la richiesta del Ministro della giustizia.

Stante l'inapplicabilità dell'art. 9, le due proposte di legge si inseriscono necessariamente nel quadro previsto dall'art 7 c.p., comma 5, che punisce reati commessi interamente all'estero in presenza di norme di legge speciali che stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana. In questo caso, le due proposte introducono una norma speciale che consente l'estensione della giurisdizione italiana per il fatto interamente commesso all'estero, in deroga ai principi generali in tema di territorialità di cui all'art. 9 c.p.

E', però, opinione dominante⁸ (e soprattutto recepita anche in giurisprudenza) che ai fini della punibilità in territorio estero il fatto debba costituire reato anche alla stregua della legislazione penale dello stato estero (c.d. principio della doppia incriminazione).

Nel caso di specie, dunque, si intenderebbe estendere la punibilità di un fatto che nel territorio in cui si realizza è regolato da una specifica disciplina, che a determinate condizioni rende il fatto pienamente *lecito*.

Secondo altra tesi dottrinale, la disciplina straniera potrebbe essere invocata dal cittadino italiano come causa di giustificazione del fatto penalmente tipico previsto dalla fattispecie penale italiana. Pertanto, i cittadini italiani che ricorressero alla GPA in un Paese in cui questa è regolamentata, non dovrebbero comunque essere puniti in Italia, nonostante le due proposte di legge. La Cassazione ha infatti escluso l'applicabilità dell'art. 12, comma 6, ai fatti commessi all'estero, riconoscendo, la scriminante dell'esercizio putativo del diritto nei confronti di chi, all'estero, in Paesi dove è consentita, ricorre a pratiche di maternità surrogata (cfr. Cass., Sez. V, sent. n. 13525/2016).

In definitiva il testo di legge in commento può tecnicamente (al netto di valutazioni di politica criminale secondo cui esso recherebbe un diretto danno al superiore interesse del minore) estendere il campo di applicazione della legge penale italiana anche a reati comuni commessi da cittadini italiani all'estero attraverso una norma iscrivibile nell'ambito dell'art. 7 c.p.

⁸ Infatti, parte della dottrina sostiene che esista un requisito implicito, sotteso all'art. 9 c.p., rappresentato dal *principio di doppia incriminazione*; occorrerebbe cioè che il fatto in questione sia punibile sia in base alla nostra legge penale che a quella straniera. Tale principio sembra avere trovato spazio anche in giurisprudenza (Cass. 17.9.2002, n. 38401, CED 222924), pur in riferimento ad una ipotesi non coincidente (delitto commesso all'estero dallo straniero), ma alla luce di enunciazioni più generali riferibili anche al caso in esame.

Restano però due importanti ostacoli difficilmente superabili:

1. Il principio consolidato della doppia incriminazione che renderebbe non esperibile un'indagine e altresì inapplicabile una sanzione rispetto a condotte avvenute in un Paese che non solo le consente ma le regola e le disciplina.
2. In termini di politica criminale tale scelta arrecherebbe un diretto danno al superiore interesse del minore avallando il ricorso alla clandestinità e all'illegalità.

3. Disciplina attuale dello status giuridico del nato da GPA all'estero⁹.

È adesso opportuno analizzare l'attuale disciplina in materia di maternità surrogata anche al fine di meglio comprendere i risvolti che, l'eventuale approvazione della proposta di legge a firma dell'On. Meloni, potrebbe determinare nel nostro ordinamento.

Innanzitutto, la legge numero 40 del 2004 al capo III, detta "Disposizione concernenti la tutela del nascituro". L'art. 8, rubricato lo "*Stato giuridico del nato*", sancisce che:

"1. I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6". Il successivo art. 9, rubricato il "*Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre*", stabilisce che: "*1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice*".

2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

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

Tali disposizioni hanno valore vincolante e confermano la pregressa giurisprudenza costituzionale¹⁰ precedente all'entrata in vigore della L.40 del

⁹ A cura di Filomena Gallo, avvocato e Segretario nazionale dell'Associazione Luca Coscioni per la Libertà di Ricerca Scientifica. Il testo sviluppa le considerazioni esposte in sede di audizione sui progetti di legge Meloni e Carfagna presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in data 13 aprile 2022.

¹⁰ Sentenza 347/1998 (ECLI:IT:COST:1998:347) Pubblicazione in G. U. 30/09/1998 n. 39

2004 e quella successiva all'annullamento del divieto di fecondazione eterologa¹¹. Dette disposizioni hanno effetto vincolante e devono essere applicate nella tutela dei diritti del nato; pertanto, è da intendersi quale atto vincolante la sottoscrizione del consenso informato da parte della coppia per ricorso a tecniche di fecondazione assistita anche per tutte le tecniche di PMA vietate dalla Legge 40/04.

3.1. Gravidanza per altri realizzata all'estero in virtù di regolamentazione statale e trascrizione atti di nascita in Italia.

La gravidanza per altri è normata in modo differente nei vari Stati in cui la stessa è consentita. Vi sono Paesi che prevedono la sola forma solidale e altri invece ammettono anche la forma commerciale. Altri ancora che prevedono l'accesso alle sole coppie di sesso diverso mentre in alcuni ordinamenti è accessibile anche alle coppie dello stesso sesso. Vi sono poi Paesi che prevedono quale requisito di accesso che vi sia un motivo di salute che giustifichi il ricorso alla gravidanza per altri e Paesi in cui gli accordi di surrogazione sono dei contratti veri e propri.¹²

Le varie legislazioni sulla gravidanza per altri hanno in comune la previsione di tutele particolarmente intense per il nato. Le coppie di sesso diverso, ad esempio, devono presentare all'ambasciata o al consolato italiano il certificato di nascita apostillato con anche, a seconda dei Paesi dove la tecnica è stata realizzata, idonea documentazione che attesti il rispetto della norma statale.

La rappresentanza italiana all'estero nel rispetto della circolare MAE 02266642011- 08-11 dell'11 agosto 2011 avente a oggetto "Maternità surrogata" procede così come è previsto nell'atto ministeriale in forza del quale "in presenza di atti di nascita formalmente validi, il funzionario consolare, sebbene a conoscenza del fatto che alla nascita derivi da 'maternità surrogata', deve accettare gli atti e inoltrarli al Comune competente, dando tuttavia nel contempo opportuna informazione delle particolari circostanze della nascita al Comune e alla Procura della Repubblica." L'atto di nascita viene dunque regolarmente trascritto e la Procura della Repubblica, accertato che sia stata rispettata la legge del Paese di provenienza, archivia il procedimento.

Per le coppie dello stesso sesso, invece, la trascrizione non è effettuata in modo uniforme, ma la problematica che si riscontra è legata a un mancato aggiornamento della normativa italiana in materia di filiazione e coppie dello stesso sesso, nonostante la Corte costituzionale abbia con più interventi invitato il Parlamento ad intervenire e prevedere per una disciplina che tuteli il minore.

¹¹ Sentenza 162/2014 (ECLI:IT:COST:2014:162) Pubblicazione in G. U. 18/06/2014 n. 26

¹² Per una panoramica delle varie normative si rimanda al seguente link:
<https://www.associazionelucacoscioni.it/cosa-facciamo/fecondazione-assistita/gravidanza-solidale-per-altri>.

4. Cosa sono i “reati universali”?¹³

Dopo l’analisi dell’attuale quadro normativo e delle proposte di legge a prima firma dell’On. Meloni e dell’On. Carfagna, è necessario interrogarsi sul concetto di “reato universale”, in generale, ma altresì con particolare riferimento alle proposte di legge oggetto di esame.

4.1. Il principio di universalità.

Il principio di *universalità* (da cui la dizione di sintesi “reati universali”) costituisce uno dei quattro grandi pilastri su cui si sorregge il tema dell’ambito di validità spaziale della legge penale. L’universalità può definirsi come l’estensione della sfera di operatività della legge penale “a tutti gli uomini, ovunque si trovino a delinquere e di qualunque nazionalità possano essere”¹⁴. Si contrappone, per questo, frontalmente con il principio di *territorialità*, che invece perimetra il raggio di azione della legge penale nel territorio dello Stato¹⁵. Si distingue, inoltre, dal principio di *personalità* (che fa leva sull’applicazione della legge penale dello Stato di appartenenza del singolo agente) e dal principio di *difesa o tutela* (che richiede l’applicazione della legge penale dello Stato cui appartiene il bene giuridico offeso ovvero il soggetto passivo). Nessun ordinamento, naturalmente, si avvale di alcuno dei quattro principi appena ricordati in maniera pura ed esclusiva. Tutti, piuttosto, si presentano in una certa misura ibridati, e ad uno dei quattro principi potrà dunque essere accordata solamente una *tendenziale prevalenza*. Nel nostro ordinamento (come nella maggior parte degli ordinamenti), secondo la posizione dottrinale ad oggi dominante¹⁶, prevale il principio di territorialità, temperato appunto dagli altri tre ed in particolare da quello di universalità. È in corso, tuttavia, un processo, per così dire, di *universalizzazione* del diritto penale, prontamente ravvisato da autorevoli studiosi¹⁷.

¹³ A cura di Roberto D’Andrea, dottorando di ricerca in diritto penale presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa.

¹⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Cedam, Padova, 2020, p. 973; PADOVANI T., *Diritto penale*, XII ed., Giuffrè, Milano, p. 74: “[i]l criterio di universalità può essere utilizzato soltanto in relazione a fatti di reato la cui repressione è di interesse comune per tutti gli stati, secondo norme di diritto internazionale”.

¹⁵ Sul principio di territorialità e sul suo carattere di costruzione ideale, DI MARTINO A., *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Giappichelli, Torino, 2006.

¹⁶ Messa comunque in discussione da alcuni autori (*ivi*, pp. 26-27 e aa. cit.).

¹⁷ FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 128: “Attraverso il ricorso sempre più frequente allo strumento delle convenzioni internazionali [...] anche l’ordinamento penale italiano tende a concedere crescente spazio al principio di universalità (beninteso, sempre con alcuni temperamenti), con

Il principio di universalità non esprime (o non esprime più) l'“affermazione egoistica ed illimitata della pretesa punitiva di uno Stato sovrano”, ma si riannoda alla “promozione dei diritti umani, cioè dei valori ‘naturali’ tutelati dal riconoscimento di *crimina iuris gentium*”¹⁸, e quindi ad una mai sopita istanza di tipo giusnaturalistico, orientata alla repressione di reati particolarmente gravi, variamente denominati: ora, ad esempio, come *crimina* o *delicta iuris gentium*, ora come *mala in se/per se illicita* (ove cioè il nucleo di disvalore del fatto emergerebbe, aristotelicamente, dalla stessa natura delle cose, *convenientia rerum*, in contrapposizione ai *mala quia prohibita*) o *reati naturali* (da contrapporsi ai *reati cc.dd. artificiali*). Tali sono, esemplarmente, i reati di *genocidio*, i *crimini di guerra* e i *crimini contro l'umanità*, a cui fanno riferimento plurime convenzioni internazionali. Dal “fondamento universale della repressione di determinati crimini intollerabili per la collettività umana”¹⁹ (come quelli appena menzionati) ha così preso vita un autentico diritto internazionale penale. Il diritto penale *in campo internazionale* sviluppa così *due anime*: “quella che tende a ritrarne l'azione entro i confini nazionali, e quella che lo proietta oltre confine”²⁰. La seconda anima, a sua volta, si ricollega alle due fattezze che, come si è detto, può assumere il principio di universalità:

conseguente incremento dei casi di punibilità di delitti commessi all'estero (a titolo di esempio, si considerino le convenzioni in tema di corruzione, di lotta alla criminalità organizzata, di ambiente ecc.)”. L'Autore fa riferimento, infine, alla Corte penale internazionale, istituita con il Trattato di Roma del 1998 e “competente a giudicare di alcuni crimini di rilievo internazionale (in particolare, il genocidio, i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità [...]), ancorché in via suppletiva rispetto all'azione delle giurisdizioni nazionali”. Sul tema, v. anche TREVES T., *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1973, p. 59 ss.; PAGLIARO A., voce *Legge penale nello spazio*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 1054 ss.; TRAPANI M., voce *Legge penale, Limiti spaziali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.

¹⁸ DI MARTINO A., *op. cit.*, pp. 16-17. Il principio di universalità, così, come osserva l'Autore, si *trasfigura*, da mezzo di *affermazione* a mezzo di *limitazione* della sovranità nazionale.

¹⁹ DI MARTINO, *op. cit.*, p. 12 (*ivi*, p. XVI: “[l]a repressione di fatti commessi oltre frontiera [...] ha sempre evocato a proprio fondamento una ragione politico-criminale – espressa dal brocardo ‘ne delicta manean impunita’ – [...] perché non prenda forma il fantasma dell'impunità”; la nozione di *mala in se*, di fatti *per se illicita*, comporta che questi siano “intrinsecamente illeciti (perché già moralmente tali: diremmo, reati naturali) e perciò sempre punibili anche se commessi fuori dei limiti di una *iurisdictio*”). Sul principio di universalità come sorretto dal diritto internazionale consuetudinario e convenzionale e sulla sua funzione di proteggere “valori condivisi da gran parte dei membri della Comunità internazionale”, cfr. CARACCIOLI I., *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale. Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, p. 81 ss.

²⁰ DI MARTINO A., *op. cit.*, p. 79.

strumento di manifestazione imperialistica²¹ della sovranità nazionale o baluardo cosmopolita di difesa dei diritti fondamentali, per loro natura *universali*²², mediante la repressione di reati *universalmente riconosciuti come tali*²³.

In quale delle due vesti il principio di universalità, e di conseguenza l'anima *extraterritoriale* del diritto penale in campo internazionale, si ritrovino ad operare, dipende non solo dall'interesse (oggetto dell'offesa incriminata) che lo Stato intenda tutelare, ma anche e soprattutto dal reato che si pretenda di reprimere extraterritorialmente, ed in particolare dal *tipo* e dalle *modalità* di lesione sanzionata: tanto più facilmente si scorgerà il volto meramente imperialistico dell'esercizio della sovranità punitiva statale quanto minore sarà il grado di consenso raggiunto nella comunità internazionale in ordine alla necessità di reprimere un determinato reato; viceversa, tanto più nitidi saranno i tratti giuridicamente *cosmopoliti* (cioè di protezione dei diritti fondamentali in tutto il mondo) dell'universalità ed extraterritorialità statale, quanto maggiore sarà la convergenza interstatale intorno alla lotta ad un determinato fenomeno criminoso²⁴.

Il tema si sovrappone parzialmente, sotto quest'ultimo profilo, con quello dell'applicazione della legge penale all'estero: anche in questa *sedes materiae* si ripropone infatti l'esigenza di distinguere la repressione legata alla pura sovranità statale da quella a scopo di collaborazione internazionale, tesa alla tutela dei diritti fondamentali rispetto ad offese percepite come tali anche ad opera di Stati *diversi* da quello che intenda esercitare la propria pretesa punitiva extraterritorialmente. La linea di demarcazione è tracciata, fondamentalmente, dalla sussistenza o meno del requisito della *doppia incriminazione*. Esso non è espressamente richiesto dalle norme del codice penale italiano, e la tematica è stata oggetto di accesi e mai sopiti dibattiti,

²¹ *Ivi*, p. 142, sulle ipotesi di esercizio imperialistico delle pretese punitive statali.

²² Universali nella accezione ferrajoliana, ovvero sia non frutto del consenso di tutti, ma *a garanzia di tutti*, che ne sono parimenti titolari (FERRAJOLI L., *Giurisprudenza e consenso*, in *Questione Giustizia*, (2009), n. 4, *passim*).

²³ Qui dunque l'*universalità*, venendo in gioco anche i rapporti fra stati, assume un carattere diverso da quello ferrajoliano testé indicato, e si identifica con il *consenso generale* della comunità internazionale. Si tratta, quindi, di profili differenti (sia pur intersecantisi), che non vanno confusi.

²⁴ Come si è detto alla nota precedente, i due profili non vanno confusi: uno Stato può ben sancire determinati diritti fondamentali riconoscendone un carattere universale in senso ferrajoliano, ma solo all'interno del proprio territorio. Proiettare tali pretese unilateralmente al di fuori di esso è invece atto imperialistico, ragion per cui non può farsi a meno, ai fini della legittimità di un intervento extraterritoriale, del consenso generale della comunità internazionale sul carattere criminoso di talune condotte o della doppia incriminazione (su cui si tornerà a breve).

soprattutto con riferimento all'art. 9 c.p.²⁵. In assenza di tale requisito, tuttavia, non solo si genererebbe, come è stato rilevato, una insormontabile frizione con il principio di colpevolezza²⁶, ma l'ordinamento che non lo prevedesse e tradirebbe anche la propria vocazione imperialistica: ad eccezione delle ipotesi in cui siano in gioco istanze di *difesa* dello Stato da attacchi e da minacce esterne (si spiega così la legittimazione anche per diritto internazionale delle ipotesi delittuose indicate dall'art. 7 c.p. da punire *incondizionatamente*²⁷), in assenza della doppia incriminazione lo Stato si arrogerebbe il potere di imporre la propria disciplina ad altri Stati, violandone la sovranità. Occorre adesso calare le suesposte considerazioni alle proposte formulate dall'On. Carfagna e dall'On. Meloni, non prima, però, di aver dato, altrettanto brevemente, conto della fattispecie incriminatrice su cui le proposte di legge, ove approvate, si innesterebbero, ed in particolare domandarsi se esse diano o possano dar luogo a reati "universali".

4.2. Le fattispecie incriminatrici su cui si innestano le proposte Meloni e Carfagna.

L'art. 12, comma 6 della legge n. 40/2004 (recante norme in materia di c.d. procreazione medicalmente assistita) dispone che "[c]hiunque, 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". La norma pone due divieti: il divieto di commercializzazione di gameti od embrioni ed il divieto di surrogazione di maternità. Nel primo caso, sono stati prontamente sollevati dalla dottrina serie perplessità con riguardo al principio di tassatività e determinatezza²⁸ e al rispetto del principio di proporzionalità del trattamento

²⁵ Sul copioso dibattito legato alla sussistenza o meno della doppia incriminazione con riferimento, in particolare, all'art. 9 c.p., cfr. ROMANO B., *Il rapporto fra norme penali. Spazialità, intertemporalità, coesistenza*, Giuffrè, Milano, 1996; MICHELETTI D., *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Nuova serie, XIII, 1999, p. 152 ss.; CARACCIOLI I., *L'incriminazione da parte dello Stato straniero del delitto commesso all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 973 ss.; DI MARTINO A., *op. cit.*, p. 120 ss.

²⁶ Di cui all'art. 5 c.p., per come integrato dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 364 e 1085 del 1988 (*ivi*, p. 139 ss.).

²⁷ FIANDACA G.-MUSCO E., *op. cit.*, p. 131 ss.

²⁸ CONSORTE F., *La disciplina della procreazione medicalmente assistita*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA M. (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale – VII. I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Utet, Torino, 2011, p. 655 ss.: non sarebbe, segnatamente, abbastanza precisa la nozione di commercializzazione (significa necessariamente compravendita o anche atto a titolo gratuito?) e di

sanzionatorio²⁹. In ambo i casi sorgono notevoli problematiche dal punto di vista del bene giuridico tutelato e si possono revocare in dubbio (ed è stato fatto, come subito si vedrà, ampiamente) la meritevolezza di pena delle condotte in parola ed il rispetto del principio del diritto penale come *extrema ratio*.

Il bene giuridico tutelato dal divieto di surrogazione di maternità sembra essere, secondo la posizione dominante³⁰, la dignità della donna, la quale, per effetto delle condotte oggetto di incriminazione, sarebbe lesa nel caso di mercificazione del proprio corpo. Si può innanzitutto osservare, come si è fatto³¹, che la norma sanziona anche la maternità surrogata a titolo gratuito e con scopo di solidarietà, ipotesi in cui non si dimostra pertinente il rilievo circa la mercificazione del corpo o la dubbia spontaneità della decisione della gestante. Ma, anche con riguardo alla maternità dietro compenso, due sono le alternative: o si intende tutelare la donna da una scelta che non si assume *mai libera* (e dunque, in una certa misura, si pretende di tutelare anche l'autodeterminazione della donna), o la si intende tutelare anche *dalla propria libera scelta, valendosi di una nota concezione c.d. oggettiva della dignità umana*.

Nel primo caso, una presunzione assoluta di irrazionalità/non volontarietà della scelta della gestante non sembra conforme al principio di ragionevolezza costituzionale, in quanto chiude totalmente e senza appello le porte del diritto al mondo dei fatti, peraltro in assenza di adeguati dati empirico-statistici che corroborino una simile presa di posizione normativa. Una libertà che sia *condizionata*, quand'anche dallo stato di bisogno, non per questo non potrà mai ed in nessun caso essere riconosciuta come libertà meritevole di tutela (in fondo, peraltro, tutte le scelte sono in qualche modo, quale più quale meno, condizionate da qualcosa). Lo Stato potrà e dovrà sicuramente tentare di *rimuovere* lo stato di bisogno, e così *ampliare*, e non restringere, la sfera di libertà della donna.

Nel secondo caso, il problema si fa ancora più serio. Assumere la dignità umana in chiave meramente oggettiva è operazione inaccettabile in uno Stato di diritto, almeno per due ordini di ragioni: anzitutto, in quanto una concezione

pubblicizzazione (con qualunque mezzo? Ne è destinataria la collettività indistinta o anche soltanto un gruppo o una persona determinati?); *de iure condito*, l'Autrice suggerisce di interpretare la fattispecie alla luce del principio di offensività, quindi secondo lo schema del reato di pericolo concreto.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ BUSNELLI G., *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 571 ss. e CANESTRARI S., *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. medicina legale*, 2003, p. 751 ss.

³¹ FIANDACA G.-MUSCO E., *op. cit.*, p. 49 ss. Nella stessa direzione, RISICATO L., *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 687.

oggettiva della dignità umana postula quantomeno che un accordo di massima tendenzialmente universale (almeno entro un determinato contesto storico-sociale di riferimento) sulla nozione di dignità vi sia. Tale presupposto non sussiste. L'unico accordo che infatti si può raggiungere intorno alla nozione di dignità umana si radica nel generale disaccordo sulla medesima. Tutti concordano sulla necessità di tutelare la dignità, salvo poi divergere sulla sua stessa nozione. Pertanto, etichettare una concezione di dignità come oggettiva equivale ad imporre, mascherandola come oggettiva, una concezione soggettiva. È, quindi, una manovra al contempo decettiva e liberticida.

In secondo luogo, anche se si volesse ammettere che una concezione oggettiva di dignità possa mai esistere, scindere la medesima dall'autodeterminazione e dai diritti può portare a conseguenze pericolose³². Appellarsi ad una dignità oggettiva e contraria alla volontà dell'interessato conduce cioè a *negare la stessa grammatica dei diritti*. I diritti, infatti, sono *impastati* con la libertà: essi vivono infatti nella dimensione della *possibilità* di essere esercitati e di *non* essere esercitati³³; se *devono* essere esercitati, non sono diritti ma *doveri*, così come se *non possono* essere esercitati, o saranno *limitati* (e quindi, al di fuori del limite tracciato, *inesistenti*) o saranno *violati*. La dignità oggettiva, invece, risponde alle logiche di un *assoluto dover essere*, in assenza di qualsivoglia possibilità di sorta, vuoi in nome del paternalismo liberticida all'insegna dell'acuminato adagio "per il tuo bene", vuoi in nome di un intangibile "pubblico interesse" (del quale, ove sia scisso dai diritti e dalla loro grammatica di libertà, si fatica a rinvenire la ragion d'essere). Quale che sia l'opzione prescelta, il personalismo liberaldemocratico o socialdemocratico non può che indurre ad avanzare serie critiche ad una simile visione³⁴.

In alternativa, si prospetta il bene giuridico legato all'embrione o al nato. Se ne intenderebbe tutelare, secondo una prima variante dottrinale, l'equilibrio psico-fisico, "messo a repentaglio dalla separazione tra il bambino e la donna

³² Così NUSSBAUM M., *Una filosofia per buoni cittadini*, in *Il Sole 24 Ore*, in data 24.6.2012. Nello stesso solco concettuale, MANIACI G., *La dittatura dei diritti indisponibili*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2014, p. 675: "[l]a retorica attuale dei diritti sembra sufficientemente elastica da consentire inganni colossali. Si può, infatti, restringere la libertà di un individuo senza bisogno di affermare "Non devi fare x" o "È vietato fare x" ma attribuendogli invece un diritto. Basta rendere questo diritto indisponibile".

³³ Un ragionamento simile, ma limitato ai diritti *di libertà*, è stato condotto da FORNERO G., *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Utet, Milano, p. 334 ss.

³⁴ La stessa figura di "bene giuridico" (come esistesse un *bene* da tutelare anche contro il volere dell'interessato) non pare sottrarsi a possibili critiche di questo genere, e occorrerebbe in proposito un generale ripensamento del fine ultimo del diritto penale e della nozione sostanziale di reato.

che lo ha portato in grembo³⁵. Si obietta, tuttavia, sul punto che non soccorrono consistenti dati scientifici a sostegno di siffatta tesi³⁶. Se questo è il bene giuridico che si intende proteggere, ne deriva che, riprendendo una nota immagine (utilizzata con riferimento alla figura del giudice, ma che si attaglia anche al presente discorso), il legislatore si vuol ergere a produttore di leggi scientifiche, anziché limitarsi ad esserne fruitore.

Una ulteriore tesi identifica il bene giuridico nella tutela del nato o dell'embrione da atti di revoca del consenso della gestante e dalla degradazione "ad oggetto di eventuali contrattazioni e contenziosi"³⁷; rileverebbe inoltre l'incoercibilità dell'obbligo della gestante di portare avanti la gravidanza³⁸. In questa eventualità, tuttavia, verrebbe meno il rispetto del principio del diritto penale come *extrema ratio*, in quanto un mezzo altrettanto idoneo a prevenire i possibili abusi della maternità surrogata sarebbe stato offerto da una apposita, adeguata disciplina degli interessi in gioco, senza sacrificarne totalmente ed aprioristicamente alcuno³⁹.

L'opinione più convincente in proposito, purtroppo, appare quella di chi individua il bene giuridico tutelato dalla norma nella "dignità della [naturalità della] generazione umana"⁴⁰. Ma si tratta forse di un bene giuridico meritevole di tutela penale? La domanda ci riporta ai valori fondanti dell'ordinamento. È forse conforme al personalismo della Carta costituzionale sacrificare un diritto di rango primario quale la libertà personale in nome non già di un altro diritto di ordine comparabile, o di un altro interesse o valore costituzionale (o ad esso strumentale)⁴¹, ma addirittura sull'altare di un *processo generativo*? Perché mai un processo generativo dovrebbe avere una propria autonoma dignità, da salvaguardare così intensamente da legittimare il ricorso allo strumento più invasivo di cui il potere pubblico disponga? Non è agevole dare alla domanda una risposta ispirata alla Costituzione. A parere di chi scrive, non è agevole neppure dare alla domanda una risposta *laica*, oltretutto, per come la laicità è

³⁵ CONSORTE F., *op. cit.*, p. 653.

³⁶ *Ibidem*; cfr. ZATTI P., *La surrogazione di maternità*, in *Questione giustizia*, 1999, p. 825 ss.

³⁷ CONSORTE F., *op. et loc. ult. cit.*; CASSANO G., *Maternità surrogata: contratto, negozio giuridico, accordi di solidarietà?*, in *Famiglia e dir.*, 2000, p. 151 ss.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Così BALDINI G., *Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità*, in *Dir. famiglia*, 1998, p. 754 ss.: si garantirebbe così il nato (tutelando la relativa identità biologica ed assicurandogli la doppia figura genitoriale e la certezza di *status*) e la gestante (regolando le ipotesi in cui essa non intenda portare avanti la gravidanza o lasciare il nato alla coppia richiedente).

⁴⁰ Così EUSEBI L., *La vita individuale precoce: soltanto materiale biologico*, in *Legislazione pen.*, 2005, p. 357 ss.

⁴¹ Secondo la nota teoria di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, Tipografia Sociale Torinese, Torino, 1974, p. 14 ss.

intesa in materia penale dalla migliore dottrina⁴², *non ricollegabile ad un elemento trascendente*, e quindi ad un *valore superiore rispetto all'uomo stesso*. Tutti questi ragionamenti valgono anche per la fattispecie incriminatrice della commercializzazione di gameti o embrioni, la quale sarebbe funzionale a proteggere l'integrità di questi ultimi, oltre ad anticipare la soglia di tutela penale rispetto al divieto di maternità surrogata⁴³.

4.3. L'(assenza di o l'imperialismo dell)' "universalità" delle proposte Meloni e Carfagna.

È tempo ora di tirare le fila del discorso e soffermarsi sui due progetti di legge in discussione. Le proposte di legge A.A.C. 306 (Meloni e altri) e 2599 (Carfagna e altri), pur avendo in comune il titolo (*Perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano*), differiscono parzialmente nel contenuto normativo. La proposta di legge Meloni incrimina chiunque (indifferentemente, cittadino italiano o straniero) commetta il reato di commercializzazione di gameti o il reato di surrogazione di maternità all'estero. La proposta di legge Carfagna, invece, sanziona soltanto il cittadino italiano che commetta all'estero il reato di surrogazione di maternità. La seconda è dunque interamente ricompresa nella prima, la quale è più ampia tanto sul fronte del soggetto attivo (tanto il cittadino italiano quanto lo straniero) quanto a livello delle condotte perseguite (tanto la maternità surrogata quanto la commercializzazione di gameti od embrioni).

Orbene, norme penali già di per sé stesse alquanto discutibili, come si è visto, sul piano della legittimità costituzionale e del merito (ovverosia i divieti di cui all'art. 12, comma 6 della legge n. 40 del 2004), assumerebbero, all'esito dell'approvazione di una delle due proposte di legge, dei contorni ancora più sinistri. Lo scopo dichiarato delle proponenti è (almeno con riguardo alla proposta di legge Meloni) rendere i reati *de quibus* "universali"⁴⁴. Quale dei

⁴² CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, vol. I, DOLCINI E.-PALIERO C.E. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006, p. 139 ss.; STELLA F., *Laicità dello stato: fede e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, MARINUCCI G.-DOLCINI E. (a cura di), Giuffrè, Milano, 1985, p. 310 ss.; MANTOVANI F., *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. I, Cacucci, Bari, 1994, p. 519 ss.; FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 165 ss.; ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 ss.; MAGRO M. B., *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1382 ss.

⁴³ CONSORTE F., *op. cit.*, p. 655 ss.

⁴⁴ Cfr., con riferimento alla proposta Meloni (ma lo stesso dicasi per la proposta Carfagna, sebbene in grado minore), PELLIZZARI T., *La maternità surrogata "reato universale"? Una proposta di legge che fa discutere*, in www.corriere.it, in data 28.4.2022.

due tipi sopra menzionati (tutela dei diritti umani vs pretesa imperialistica) di universalità abbiamo di fronte? Indubbiamente i reati che le due proposte aspirano a reprimere anche in territorio straniero *non sono universalmente ritenuti tali*. Ché anzi si tratta di nuclei di offesa e di disvalore particolarmente controversi, sia nella comunità internazionale sia all'interno del nostro Paese. Paradossalmente, peraltro, le ragioni che hanno spinto le proponenti a formulare le due proposte di legge si riconducono *proprio alla liceità delle pratiche incriminate nel territorio di altri Stati*, primi fra tutti gli Stati Uniti. Se, quindi, sull'incriminazione delle condotte in parola convergesse la comunità internazionale, non si sarebbe avvertita (o si sarebbe avvertita in misura di gran lunga minore) neppure l'esigenza di estendere la punibilità di tali condotte in territorio estero, in quanto il fenomeno di "turismo genitoriale" non avrebbe certo assunto dimensioni considerevoli.

L'anima del diritto penale in campo internazionale che caratterizza le due proposte di legge non può dunque che rivelarsi *imperialistica*. Derogando rispetto alle disposizioni generali in tema di applicazione della legge penale all'estero (artt. 7 ss. c.p., ed in particolare artt. 9 e 10), le due proposte di legge, ad un tempo, violerebbero, qualora fossero approvate, il fondamentale principio costituzionale di colpevolezza in materia penale richiedendo ad un cittadino (che magari non abbia più neppure alcun legame con il proprio Stato) o addirittura ad uno straniero la conoscenza della legge penale italiana al di fuori del territorio italiano, e calpesterrebbero la sovranità degli Stati che facoltizzano le condotte oggetto di incriminazione: imporrebbero così all'intero globo le proprie scelte di criminalizzazione, avendo in spregio finanche il diritto internazionale consuetudinario⁴⁵. Vale la pena a riguardo, sommessamente, rammentare che: "il diritto penale [...] non è onnipotente: non vi si può far ricorso per riparare ogni ingiustizia sociale o sopprimere frizioni ideologiche o politiche, meno ancora per promuovere la costruzione di una 'identità condivisa' mediante la proposizione di scelte di valori imposte sotto minaccia di pena"⁴⁶. Per valersi dell'immagine di un illustre penalista, il diritto penale può solo "stendere l'occhio", ma non "stendere la mano", al di là del confine⁴⁷.

⁴⁵ Non si darebbe infatti riconoscimento ai diritti di svolgere le pratiche incriminate presso altri Stati, in violazione dell'art. 10 Cost. (che immette nel nostro ordinamento il principio di diritto internazionale del rispetto della pari sovranità fra gli Stati; su tale principio, DI MARTINO A., *op. cit.*, pp. 145-146).

⁴⁶ *Ivi*, p. 16.

⁴⁷ CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Tipografia Giusti, Lucca, 1867, p. 633.

5. Emendamenti presentati sulla Pdl 306 (Meloni e altri) ⁴⁸

Dopo aver esaminato l'attuale panorama in tema di gravidanza per altri e le eventuali conseguenze dell'approvazione del progetto di legge in esame, per concludere il presente lavoro è opportuno analizzare le proposte emendative⁴⁹ (limitando l'analisi a quelle non dichiarate inammissibili) pubblicate nel Bollettino delle Giunte e Commissioni lo scorso 05/05/2022 e, successivamente, vagliare delle ipotesi di riforma in tema di gravidanza per altri.

Le proposte emendative, presentate da diversi gruppi di parlamentari, possono essere suddivise in due categorie: quelle migliorative del testo base presentato e quelle tese a rendere ancora più restrittiva la disciplina proposta⁵⁰.

Nel primo gruppo di emendamenti⁵¹ si rinvengono da un lato delle proposte volte alla soppressione integrale dell'art. 1 del progetto di legge presentato e, dall'altro, tutti quegli emendamenti che lo vogliono modificare con il fine precipuo di introdurre una disciplina dettagliata in tema di gravidanza per altri. Nello specifico, alcune proposte distinguono tra la gestazione per altri c.d. commerciale, che continuerebbe ad essere una pratica illecita⁵², e quella c.d. solidale, per la quale invece si prevede una disciplina dettagliata e compiuta, la cui individuazione dovrà poi essere contenuta o in appositi decreti ministeriali (come statuito nell'emendamento n. 1.2) ovvero in un apposito decreto legislativo (così come previsto nell'emendamento n. 1.14).

Altre proposte emendative, invece, tendono unicamente ad incidere sulle cornici edittali delle multe previste⁵³, cercando così di renderle meno *draconiane*, sebbene i minimi e massimi edittali così individuati siano comunque eccessivamente ampi e sproporzionati.

Vi sono poi altre proposte che, nonostante continuino a prevedere il reato di gravidanza per altri, fanno salva la possibilità per i genitori intenzionali di

⁴⁸ A cura di Alessia Ciatelli, avvocato e collaboratrice dell'Associazione Luca Coscioni per la Libertà di ricerca scientifica

⁴⁹ Per la consultazione si rimanda alla relativa scheda di cui al sito della Camera dei deputati:

<https://www.camera.it/leg18/126?tab=3&leg=18&idDocumento=306&sede=&tipo=>

⁵⁰ [Elenco delle proposte emendative in ordine di pubblicazione \(camera.it\)](#)

⁵¹ In particolare sono gli emendamenti identificati con i numeri: 1.12, 1.16, 1.1, 1.11, 1.15, 1.17, 1.18, 1.19, 1.29, 1.21, 1.20, 1.2, 1.3, 1.14, 1.13, 1.23, 1.25, 1.24, 1.27, 1.22, 1.30, 1.01, 1.06, 1.08, 1.09.

⁵² L'emendamento individuato al n. 1.8, ad esempio, ove approvato modificherebbe l'art. 12, co. 6, L. 40/2004 nei seguenti termini "*Chiunque, in qualsiasi forma, a fini di lucro, 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*".

⁵³ Si fa qui riferimento, in particolare, agli emendamenti di cui ai nn. 1.29, 1.21 e 1.20.

adottare o richiedere l'affidamento del nato⁵⁴. È qui evidente l'intento dei proponenti: tutelare la continuità affettiva tra i genitori intenzionali e il minore nonché garantire il riconoscimento del rapporto di filiazione e di tutti i diritti che conseguono alla sua instaurazione.

Un'altra, invece, sebbene confermi la illiceità della pratica di GPA, prevede l'inapplicabilità della pena nel caso in cui la sua irrogazione contrasti con il miglior interesse del minore. In particolare, una simile proposta emendativa⁵⁵, sebbene meritevole di pregio perché tesa a migliorare il testo base, ove approvata non determinerebbe una modifica sostanziale della disciplina e di quanto, ad oggi, già avviene nelle aule di tribunale. In effetti, come già ampiamente esposto, il principio del miglior interesse del minore assume ormai un ruolo fondamentale sia a livello nazionale che internazionale, tanto che sempre più spesso i giudici, per tutelare il diritto del minore ad una vita familiare, dichiarano l'eccessiva rigidità di quelle legislazioni che vietano *sic et simpliciter* il ricorso alla gestazione per altri senza prevedere delle deroghe specifiche in casi particolari. Altre proposte, indirizzate ad ampliare le tutele dei minori nati a seguito di maternità surrogata e a migliorare il testo proposto, mirano ad estendere loro le garanzie di cui agli artt. 8 e 9 della L. 40/2004 e cioè, rispettivamente, il riconoscimento dello stato giuridico di figlio e il divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre⁵⁶.

Un ulteriore emendamento proposto⁵⁷, invece, stabilirebbe una tutela *ad hoc* per i figli di coppie omogenitoriali nati a seguito di procreazione medicalmente assistita o gestazione per altri, praticata in uno Stato che preveda e disciplini espressamente tale procedura, e garantirebbe *ex lege* il riconoscimento del rapporto di filiazione. La formulazione di questa proposta emendativa, tuttavia, lascia aperti alcuni profili problematici.

In effetti, i proponenti, al primo comma, prevedono come l'espressione del consenso alla procedura di maternità surrogata – consenso che, esplicitano, dovrà essere prestato nelle stesse forme previste all'art. 6 L. 40/2004 per le tecniche di fecondazione eterologa – sia atto prodromico al riconoscimento dello *status filiationis*. Successivamente, sanciscono che i genitori d'intenzione si devono rivolgere al competente Tribunale per i minorenni al fine di ottenere una pronuncia giudiziale che disponga il riconoscimento della filiazione, la cui procedura viene analiticamente descritta nei successivi commi.

Fin qui *nulla quaestio*, anche se – a parere di chi scrive – il riferimento al consenso di cui all'art. 6, che sappiamo essere per la stessa previsione normativa irrevocabile, sembrerebbe di per sé sufficiente all'instaurazione del

⁵⁴ Parliamo, rispettivamente, delle proposte emendative nn. 1.25 e 1.24.

⁵⁵ Ci si riferisce a quella identificata al n. 1.13.

⁵⁶ Hanno tale scopo le proposte ai numeri: 1.23, 1.22, 1.30, 1.06

⁵⁷ Vedasi la proposta indicata al n. 1.09.

rapporto di filiazione, senza che si abbisogni di nessuna procedura *ad hoc*, ultronea e forse eccessiva.

Non solo, ma i proponenti, ai successivi commi di tale proposta emendativa, prevedono che *“La sentenza di riconoscimento dello stato di figlio della coppia, divenuta definitiva, è immediatamente trascritta su apposito registro conservato presso la cancelleria del tribunale stesso e comunicata all’ufficiale dello stato civile che la annota a margine dell’atto di nascita dell’adottato (...)”* (comma 6) e altresì che *“Gli effetti dell’adozione si producono dalla definitività della sentenza”* (comma 7).

Ciò premesso, deve evidenziarsi la criticità di tale riferimento all’istituto dell’adozione.

In primo luogo, in quanto il richiamo di tale istituto è effettuato dopo che nei precedenti commi non si è mai accennato allo stesso né tantomeno si è richiamata la L. 183/1984 recante la *“Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori”*, senza al contempo prevederne una modifica al fine di effettuare un’armonizzazione normativa di quest’ultima e della L. 40/2004.

In secondo luogo, e questo è l’aspetto sul quale occorre prestare maggiore attenzione, il riferimento all’istituto dell’adozione fa venire meno il presupposto per il riconoscimento giuridico della filiazione cd. intenzionale – che la dottrina oramai ritiene essere la terza tipologia di filiazione, al pari di quella biologica e quella, per l’appunto adottiva⁵⁸ – e determina che i minori nati a seguito di gestazione per altri siano riconosciuti solo come figli adottivi dei genitori intenzionali. Ne consegue che lo *status filiationis* sorgerebbe solo al momento della definitività della sentenza emanata dal Tribunale per i minorenni e non già al momento della conclusione dell’accordo di gestazione per altri; dunque, si avrebbe una posticipazione della produzione degli effetti tipici della filiazione, che sarebbe sempre vincolata e subordinata alla decisione del Collegio minorile.

In fine, un ultimo gruppo di proposte emendative⁵⁹ mira ad introdurre la trascrivibilità dell’atto di nascita del minore nato all’estero a seguito di surrogazione di maternità - in alcune proposte anche laddove i genitori siano persone dello stesso sesso – così da garantire al nato il riconoscimento di tutti quei diritti e doveri tipici del rapporto di filiazione che, ad oggi, stante il divieto di cui all’art. 12, co. 6, non sorgono nel rapporto con il genitore che non condivida il patrimonio genetico con il minore e che, palesemente, comportano una frattura tra la realtà naturale in cui viene condotta la vita familiare e quella giuridica.

⁵⁸ L’importanza di tale terza tipologia di filiazione sarà oggetto di analisi nel prosieguo di questo capitolo e pertanto, sul punto, si rimanda a tutte le valutazioni effettuate nelle successive pagine.

⁵⁹ Trattasi degli emendamenti numeri 1.27, 1.01 e 1.08.

Quanto invece alle proposte emendative che vorrebbero rendere ancora più restrittiva la disciplina proposta in tema di gestazione per altri⁶⁰ possiamo individuare tre macrocategorie: una prima in cui ricondurre quelle che vogliono introdurre un trattamento sanzionatorio più aspro⁶¹; una seconda, in cui si possono raggruppare quelle che prevedono l'integrazione del reato di alterazione di stato, ex art. 567, co. 2, c.p., da parte del pubblico ufficiale che annoti nei registri di Stato civile l'atto di nascita del minore nato a seguito di GPA⁶²; e, in fine, un ultimo gruppo di emendamenti che vorrebbe introdurre l'obbligo per il pubblico ministero di informare il competente Tribunale per i minorenni "*per ogni valutazione di competenza al fine della adottabilità del nato da maternità surrogata*" (vedasi, a titolo esemplificativo, la proposta emendativa n. 1.8).

In primo luogo, occorre evidenziare come tutti gli emendamenti tesi all'inasprimento del trattamento sanzionatorio, laddove approvati, porrebbero dei seri dubbi di compatibilità costituzionale.

In effetti, se da un lato è vero che, in forza del principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., le scelte sulla misura della pena devono essere affidate alla discrezionalità politica del legislatore, dall'altro non può negarsi che tale potere discrezionale non è assoluto, dovendo esso misurarsi con altri principi costituzionali, tra cui: il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., in forza del quale la pena deve essere proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, cosicché il sistema sanzionatorio adempia, al contempo, alla funzione di difesa sociale e a quella di tutela delle posizioni individuali; i principi sanciti ex art. 27 Cost., e cioè che le pene non possono consistere in trattamenti inumani e devono, al contempo, tendere alla rieducazione del condannato; e, infine, il principio di proporzionalità della pena rispetto all'offesa, così come risultante dalla lettura dell'art. 27 Cost. alla luce del contenuto dell'art. 49, co. 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza).

Sicché la discrezionalità del legislatore incontra un limite *invalidabile* nella manifesta irragionevolezza delle scelte legislative, che viene illegittimamente superato ogni qualvolta le pene comminate appaiano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto di reato, così da porsi in palese violazione degli artt. 3 e 27 Cost., anche perché una pena sproporzionata rispetto alla gravità del fatto (e non percepita come giusta o congrua dal condannato) si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa (cfr., *ex multis*, Corte cost. sentt. nn. 40/2019; 222/2018; 179/2017; 236/2016; 68/2012; 341/1994).

⁶⁰ E cioè quelle di cui ai numeri: 1.10, 1.5, 1.6, 1.7, 1.8 e 1.9

⁶¹ Hanno tale finalità gli emendamenti indicati ai numeri 1.10 e 1.7.

⁶² Hanno questo scopo le proposte di cui ai numeri 1.5 e 1.9.

Sul punto appare, altresì, doveroso sottolineare che la funzione rieducativa della pena sussiste anche nel caso di sanzione pecuniaria (cfr. Corte cost. sent. n. 12/1966), in quanto espleta una funzione di intimidazione-ammonimento⁶³; pertanto, le precedenti considerazioni debbono essere estese anche alle proposte emendative tese all'inasprimento delle pene pecuniarie ex art. 12, co. 6, L. 40/2004.

Non solo, ma la previsione di cornici edittali troppo ampie impone, necessariamente, al giudice di sostituirsi al legislatore nel singolo caso sottoposto alla sua attenzione, andando egli a formulare propri autonomi giudizi di disvalore sulla stessa figura astratta di reato (in proposito, Corte cost. sent. n. 299/1992). In tal modo, non solo il giudicante godrebbe di una discrezionalità eccessiva, che la previsione di minimi e massimi edittali vorrebbe in realtà arginare e scongiurare; ma l'individuazione del *quantum* sarebbe sempre ed effettivamente rimessa alle opinioni e convinzioni personali del giudice. Soluzione, questa, inammissibile in un ordinamento democratico, improntato alla separazione dei poteri e nel quale vige il principio di imparzialità del giudice.

La possibile incompatibilità costituzionale non si rinviene solo nell'eventuale violazione di tutti i criteri anzidetti, ma emerge anche per la palese mancanza di un bilanciamento degli interessi in gioco – aspetto, questo, in realtà, comune a tutte le subcategorie delle proposte emendative peggiorative e, se si vuole, anche alla proposta di legge a firma dell'On. Meloni, più in generale.

Come noto, coloro che vedono nella pratica della maternità surrogata, anche se condotta a fini altruistici e solidali, una procedura contraria all'umanità e dignità dei soggetti coinvolti, sostengono come tale metodo procreativo si ponga in netto contrasto con l'ordine pubblico interno e, per tale motivo, non possa mai ritenersi lecito nel nostro ordinamento; neppure se effettuato all'estero, in uno Stato dove tali tecniche sono ammissibili e oggetto di compiuta e puntuale disciplina, nel pieno rispetto della normativa straniera.

Orbene, andare a ritenere illecita *tout court* la pratica della gestazione per altri in quanto contraria all'ordine pubblico interno appalesa l'assenza di un bilanciamento degli interessi coinvolti; bilanciamento al quale, in realtà, dovrebbe improntarsi non solo ogni decisione giudiziaria, ma anche, in generale, qualsiasi scelta legislativa di politica penale.

In effetti, vietare in modo assoluto la pratica della gestazione per altri, senza prevedere delle deroghe specifiche per casi particolari oppure senza perimetrare l'area dell'illecito alla sola surrogazione avente fini commerciali, determina uno sbilanciamento tutto a favore dell'ordine pubblico interno

⁶³ Tale caratteristica di funzione-ammonimento è ancor più palese nel caso in cui si tenga a mente che l'art. 133bis, co. 2, c.p. prevede che il giudice possa "*augmentare la multa o l'ammenda stabilite dalla legge sino al triplo (...) quando, per le condizioni economiche del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace*".

senza alcuna considerazione dei contrapposti principi di eguaglianza, del diritto ad una vita familiare, del diritto all'autodeterminazione nonché del rispetto delle decisioni e della libertà individuale. E, come noto, *"tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012 [Corte costituzionale]). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"* (Corte cost. sent. n. 85/2013 e ancora, sentt. nn. 64/2012; 1/2013; 170/2013; 46/2021).

Ne consegue che l'approvazione di uno qualsiasi degli emendamenti peggiorativi, ma anche del testo base proposto, potrebbe determinare una futura pronuncia di illegittimità costituzionale della norma così introdotta, che sarebbe del tutto sbilanciata verso la sola tutela dell'ordine pubblico interno, che diverrebbe "tiranno" rispetto ad una molteplicità di contrapposti diritti e interessi aventi essi stessi copertura costituzionale.

Con riferimento, invece, a tutti quegli emendamenti che vorrebbero prevedere l'integrazione, da parte del pubblico ufficiale, del reato di alterazione di stato nel caso di annotazione dell'atto di nascita formato all'estero nei Registri di Stato italiani, occorre evidenziare quanto segue.

Come già esposto nei paragrafi precedenti, la formazione dell'atto di nascita del minore, nato a seguito di maternità surrogata, avviene all'estero nel pieno rispetto della normativa nazionale. Ne consegue, dunque, la formazione di un atto di nascita valido e contenente tutte le informazioni che la normativa di riferimento prevede per la sua efficacia e validità.

Sicché la sua annotazione da parte del pubblico ufficiale risulta essere una mera trascrizione dell'atto di nascita già formatosi e pienamente valido ed efficace all'estero, una "fotografia" anche nel territorio nazionale della realtà naturale del nucleo familiare formatosi; e non già la creazione *ab origine* dell'atto di nascita stesso.

Non può dunque comprendersi come una trasposizione di un atto valido ed efficace in un altro ordinamento, in quanto formato nel pieno rispetto della normativa di riferimento, possa determinare l'integrazione del reato di alterazione di stato, non integrandosi alcuna falsità.

L'approvazione, poi, di una proposta emendativa ricondotta alla terza e ultima categoria degli emendamenti *peggiorativi*, non solo è palesemente contraria al miglior interesse del minore - e dunque si porrebbe in netto contrasto con una giurisprudenza nazionale, sovranazionale e internazionale ormai granitica e, altresì, con plurime disposizioni normative anche sovranazionali - ma comporterebbe delle gravi ripercussioni sul minore e sui genitori.

In effetti, nell'eventualità della dichiarazione dello stato di adottabilità del minore – che potrebbe arrivare anche dopo mesi e, dunque, dopo l'instaurazione e la conduzione di una vita familiare stabile e riconosciuta anche all'esterno – vi sarebbe un'irrimediabile rottura con la realtà naturale in cui è introdotto il minore con serie ripercussioni anche sulla sua salute psichica. Appare chiaro come tutte le proposte emendative peggiorative siano tese ad inasprire la disciplina (già eccessivamente rigorosa e – per tutti i motivi ampiamente esaminati nel presente lavoro – passibile di una futura pronuncia di illegittimità costituzionale se approvata così come presentata) contenuta nella proposta di legge a prima firma dell'On. Meloni, in spregio di qualsiasi considerazione in favore del nato.

Inoltre, appare chiaro come una simile modifica determinerebbe una sorta di "punizione" per il comportamento *contra legem* della coppia che ricorra alla gestazione per altri che, tuttavia, si ripercuote sul minore che sarebbe così trasformato da (s)oggetto di tutela a (s)oggetto di punizione per una condotta altrui, in spregio al principio della personalità della responsabilità penale. È altresì manifesto come tutte le obiezioni e contraddizioni sollevate ed evidenziate con riferimento al testo base non possano che essere riproposte anche in relazione alle proposte emendative ricondotte nella subcategoria di quelle "peggiorative".

Difatti, l'approvazione di una qualsiasi di queste proposte porrebbe dei seri dubbi di compatibilità costituzionale con i principi di determinatezza, legalità e proporzionalità. Non solo: sarebbe anche in palese contrasto con l'invito già formulato dalla Consulta al Parlamento in tema di disciplina della gestazione per altri; non farebbe, inoltre, che porre le basi per ulteriori ricorsi innanzi al Giudice delle leggi, rendendo così ancora più lunghi e incerti i tempi necessari per ottenere una disciplina unitaria e compiuta in materia di gestazione per altri che abbia, davvero, quale punto focale la tutela del miglior interesse dei minori.

6. Prospettive di riforma: il progetto di legge presentato dall'Associazione Luca Coscioni ⁶⁴.

Quello sopra descritto è il panorama che attualmente si sta prospettando in relazione alla gravidanza per altri: l'inasprimento dei divieti e l'aspirazione di rendere universale una condotta che non presenta alcun carattere antiggiuridico ma anzi tende a favorire i diritti riproduttivi e familiari, in conformità a quanto previsto dalle carte fondamentali europee. Al fine di arginare gli abusi potenzialmente ed intrinsecamente connessi alle pratiche di procreazione assistita, la soluzione non può essere il divieto e la reclusione, o l'allontanamento dei figli dai propri genitori, bensì la disciplina, la regolamentazione che miri alla tutela di tutti i soggetti coinvolti. In questa

⁶⁴ Paragrafo a cura di Filomena Gallo e Francesca Re

ottica, la proposta di legge elaborata dall' Associazioni Luca Coscioni insieme a Certi diritti e Famiglie Arcobaleno mira a disciplinare una forma di GPA altruistica che vieta qualsiasi tipo di commercializzazione e/o sfruttamento del corpo femminile e dei minori⁶⁵.

La proposta di legge è stata presentata nell'aprile 2021 da un gruppo di parlamentari e assegnata alla Commissione Affari Sociali, che ad oggi non ha previsto calendarizzazioni. Questo lavoro mira a predisporre una legge finalizzata ad evitare che coppie o persone singole siano esposte ai rischi spesso connessi alle pratiche "low cost" effettuate all'estero o che mettano le persone nella condizione di cercare e affidarsi a intermediari non autorizzati e di dubbia affidabilità: l'Italia dovrebbe munirsi di una legislazione che tuteli l'autodeterminazione rispetto alle scelte procreative e fornisca contestualmente gli strumenti di tutela e di prevenzione dei rischi.

È, invero, come si legge nella relazione alla proposta di legge, "diritto di ogni individuo autodeterminarsi in relazione alle proprie scelte personali, cui è riservata la qualificazione di diritto fondamentale della persona ai sensi dell'art. 2 della Carta Costituzionale, in cui si annida la libertà di procreare. Poiché l'esercizio di tutte le libertà conosce limiti, anche la libertà di procreare è soggetta a limitazioni, talune imposte dai diversi ordinamenti giuridici, talaltre intrinseche alla natura della persona stessa".

La Gravidanza solidale e altruistica è una procedura ormai espressamente regolamentata, a livello legislativo, in molti Paesi europei e del mondo, ove il riconoscimento dei diritti genitoriali, in favore del genitore singolo o della coppia, avviene mediante un atto amministrativo ovvero una procedura giudiziaria, antecedente o successiva alla nascita. Per ciò che concerne, invece, gli aspetti inerenti alla cittadinanza dei minori, diversi sono i principi applicabili e variabili le procedure da seguire, in base al Paese di nascita.

La proposta di legge in esame, inoltre, fornisce una normativa completa che adempie alle indicazioni fornite dalla Corte EDU nel parere consultivo del 10 aprile 2019 (*Caso Mennesson c. Francia*) in merito all'obbligo o meno, per uno Stato Membro, di fornire riconoscimento giuridico al rapporto di filiazione tra i nati da Gravidanza solidale e altruistica o commerciale e il genitore non biologico (la madre non biologica, nel caso di specie). La Corte richiama il diritto di ogni Stato a esercitare il proprio margine di apprezzamento nella gestione di questioni, come quella oggetto della presente proposta di legge, sulle quali non esiste consenso tra gli Stati membri. Tuttavia, evidenzia la Corte, rispetto all'obbligo di riconoscere il legame di filiazione tra i minori nati all'esito di un percorso di Gravidanza solidale e altruistica o commerciale e il genitore non biologico, tale margine deve ritenersi ridotto in quanto la negazione di un tale riconoscimento si ripercuote negativamente su aspetti

⁶⁵ Su [questo link](#) il testo depositato ad aprile 2021 in Parlamento dai deputati Guida Termini, Doriana Sarli, Riccardo Magi, Nicola Fratoianni ed Elisa Siragusa.

fondamentali della vita privata del minore come il diritto all'identità personale e il diritto a crescere in un ambiente familiare idoneo a garantire il suo benessere (§§ 44 e 45 del parere). Per tale motivo, secondo la Corte, la generale impossibilità di riconoscere il legame giuridico di filiazione tra i nati a seguito di tale percorso e il genitore non biologico è in contrasto con l'obbligo di rispettare la vita privata (in questo caso dei minori) sancito dall'articolo 8 CEDU (§46 del parere). Tale articolo non impone agli Stati l'obbligo di riconoscere sempre e comunque il suddetto rapporto di filiazione: spetterà alle autorità nazionali, di volta in volta, accertare se tra il bambino e il genitore non biologico si sia concretamente instaurata una relazione familiare, e dunque se il riconoscimento giuridico tuteli o meno gli interessi del minore.

La proposta di legge si articola nei seguenti passaggi:

- Divieto di utilizzare il patrimonio genetico della gestante; i gameti che, a seguito di fecondazione, permetteranno lo sviluppo dell'embrione potranno provenire da donatori terzi – con l'applicazione, in questo caso, della normativa vigente volta a garantire sicurezza e tracciabilità, nonché il rispetto dell'anonimato – ovvero dal genitore singolo o, in caso di coppia, da uno o da entrambi i componenti della stessa (art. 2).
- Individuazione di una serie di criteri soggettivi e oggettivi di accesso al percorso della Gravidanza solidale e altruistica, ferma restando la rilevanza assunta dalla valutazione professionale del medico circa l'opportunità medica per il genitore singolo o la coppia di intraprendere tale procedura, da avviare solo una volta che le parti abbiano manifestato il loro consenso informato per iscritto, nonché l'importanza della valutazione psicologica, a seguito di un colloquio con lo psicologo-psicoterapeuta delle strutture presso le quali verranno poste in essere le procedure mediche di fecondazione in vitro (art. 3).
- L'obbligo, per il genitore singolo o la coppia di stipulare, prima del trasferimento dell'embrione in utero, una polizza assicurativa in favore della gestante, per la copertura di tutti i rischi connessi alla gravidanza e al parto, che potrà essere estinta non prima di sei mesi successivi al parto, periodo prorogabile di ulteriori sei mesi, in caso di complicazioni mediche sorte a seguito della gravidanza.
- L'obbligo per il genitore singolo o la coppia di versare su un conto corrente dedicato un importo congruo a coprire tutti i costi relativi al percorso di Gravidanza solidale e altruistica, incluse le spese che verranno sostenute dalla gestante durante la gravidanza.
- Al fine di evitare ogni forma di sfruttamento la gestante deve:
 1. essere maggiorenne,
 2. avere tra i 21 e i 45 anni, indipendentemente dalla sua nazionalità, e
 3. essere legalmente residente sul territorio italiano,



4. aver già portato a termine una gravidanza con un bambino nato vivo e avere almeno un/a figlio/a proprio/a vivente e
 5. non deve avere avuto più di una Gravidanza solidale e altruistica o commerciale con nascite, così da rispettare il limite massimo di due Gravidanze solidali e altruistiche complete. Una deroga a tale limite si applica ai casi in cui il Genitore Singolo o la Coppia, che abbiano già intrapreso in passato un simile percorso, decidano di intraprenderlo nuovamente con la stessa Gestante chiedendo a quest'ultima di portare a termine una seconda gestazione, unica ipotesi in cui il limite massimo sopra richiamato può essere elevato a tre.
- Si prevede che i controlli vengano effettuati presso una struttura medica, al fine di accertare l'assenza di patologie che rappresentino un rischio per la gravidanza, nonché per la salute della gestante, condizione che dovrà essere attestata per iscritto, tramite il rilascio di una certificazione da parte della stessa struttura ove sono stati effettuati i controlli.
 - Si prevede inoltre che la gestazione e il parto avvengano sul territorio italiano.
 - In caso di controversie tra le parti, la competenza è attribuita al Tribunale del luogo in cui sono state poste in essere le procedure mediche di fecondazione in vitro. L'art. 5, ai commi 6, 7, 8 e 9 disciplina gli strumenti di tutela in possesso delle parti indicando, rispettivamente, come strumento di tutela per la gestante (comma 6), il diritto della stessa di accedere all'interruzione volontaria di gravidanza, ai sensi della L. 194/1978, in presenza di certi requisiti, nonché l'obbligo del genitore singolo o della coppia (comma 7) di sostenere le spese, dirette e indirette, sostenute dalla gestante a causa della gravidanza.
 - Diversamente, come strumento di tutela per i minori (commi 8 e 9), l'art. 5 prevede non solo l'obbligo per il singolo o la coppia di assumere la piena custodia degli stessi, ma, altresì, di designare, prima della sottoscrizione dell'accordo, un tutore che verrà poi ufficialmente nominato dal Giudice Tutelare.
 - Una previsione relativa al congedo di maternità e paternità in favore del genitore singolo o, in via alternativa tra loro o cumulativa, in favore di uno dei due componenti della coppia, è menzionata nell'art. 5 bis.
 - Il secondo comma della stessa disposizione prevede, poi, che venga riconosciuta agli stessi soggetti, in via alternativa o cumulativa, la facoltà di usufruire di parte del congedo anche nel periodo antecedente la nascita. In ogni caso, il periodo da fruirsi successivamente alla nascita non potrà, comunque, essere inferiore a tre mesi.

- L'art. 6 disciplina lo status giuridico dei minori nati a seguito dell'accordo di Gravidanza solidale e altruistica, ovvero riconosce lo status di figli legittimi o riconosciuti.
- L'art. 6, al comma terzo e al successivo comma quinto, disciplina le modalità di formazione dell'atto di nascita, che non dovrà recare alcun riferimento alle circostanze con cui è avvenuto il concepimento o la gestazione (comma 5), né il nome della gestante o della persona con cui la stessa è sposata e/o unita civilmente e/o convivente (comma 3), stante l'assenza, in capo a questi ultimi, di qualsiasi obbligo o diritto nei confronti dei minori.
- Quanto, poi, ad un eventuale contatto tra i nati e la gestante, il comma 4 dell'art. 6 prevede un'ampia discrezionalità delle parti, che dovrà, però, essere esercitata in un'ottica di tutela e rispetto del benessere psico-fisico dei minori.

L'art. 6, dopo aver chiarito che il consenso manifestato dalle parti determina (comma 9) il rapporto di genitorialità con il nascituro sin dal momento dell'*embryo transfer*, ai commi 6, 7 e 8 chiarisce le modalità di revoca di tale consenso, nonché le modalità di gestione di eventuali controversie che dovessero sorgere in merito al riconoscimento del rapporto di genitorialità con i nati.

Nello specifico, è previsto che:

- Il genitore singolo o la coppia possano revocare il consenso inizialmente prestato fino al momento del trasferimento in utero dell'embrione; dopo tale trasferimento il consenso è revocabile soltanto se la gravidanza non è stata confermata; una volta che la gravidanza è confermata, nessuna azione di disconoscimento o negazione del rapporto di filiazione potrà essere esercitata da parte di chi ha fornito il consenso (art. 6, comma 6);
- Il consenso inizialmente formulato e non revocato prima del trasferimento in utero dell'embrione possa essere revocato dalla gestante nel caso in cui la gravidanza non sia confermata o, se confermata, la gestante decida di accedere all'interruzione volontaria di gravidanza secondo le modalità di cui all'art. 5, comma 6 (art. 6, comma 7).
- In caso di controversia in merito al riconoscimento del rapporto di genitorialità con i nati, le Parti possano rivolgersi al Tribunale del luogo in cui sono state poste in essere le procedure mediche di fecondazione in vitro, che provvederà, adottando in via d'urgenza un provvedimento nell'interesse dei minori anche in base alle intenzioni manifestate dalle Parti e recepite nell'accordo (art. 6, comma 8). Tale previsione normativa si potrebbe applicare all'ipotesi in cui la gestante decidesse di tenere il bambino con sé e di esercitare la custodia del minore e la responsabilità genitoriale sullo stesso, così implicitamente revocando il consenso inizialmente manifestato, a seguito del quale si determina il rapporto di

genitorialità tra il nascituro e il genitore singolo o la coppia, sin dal momento del trasferimento in utero dell'embrione.

In un caso simile, sarà l'Autorità Giudiziaria a valutare la soluzione più corrispondente a realizzare l'interesse dei minori, anche sulla base delle intenzioni delle parti, come già sopra descritto.

- L'art. 7 disciplina, al comma primo, l'istituzione, con decreto del Ministero della Salute, presso l'Istituto Superiore di Sanità e nell'ambito del Registro di cui all'art. 11, L. 40/2004 di un registro nazionale delle gestanti per altri, prevedendo l'obbligatorietà dell'iscrizione a tale registro per la gestante (comma secondo). Tale registro ha la finalità di garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 4 in materia di accesso alla Gravidanza solidale e altruistica, nonché quella di organizzare campagne informative per incentivare la conoscenza in tale ambito e raccogliere le istanze e le dichiarazioni di interesse delle donne che vogliono intraprendere tale percorso in qualità di Gestanti, che potranno essere indirizzate alle strutture, presso le quali verranno poste in essere le procedure mediche di fecondazione *in vitro*, più vicine al loro luogo di residenza.

Il terzo comma di tale disposizione stabilisce il dovere, per le strutture mediche ove vengono applicate le tecniche di fecondazione *in vitro* in relazione al percorso di Gravidanza altruistica e solidale, di adempiere agli obblighi di comunicazione e informazione nei confronti degli osservatori epidemiologici regionali, nonché dell'Istituto Superiore di Sanità, al fine di salvaguardare il principio di trasparenza, nonché di verificare l'applicazione e il rispetto dei limiti previsti in materia di accesso al percorso.

- Infine, per quanto concerne l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita, l'art. 8 contiene un espresso rinvio, per ciò che non viene espressamente regolamentato con la presente proposta di legge, alle norme attualmente vigenti in materia di procreazione medicalmente assistita, ferma restando l'assoluta prevalenza della dichiarazione di liceità dell'accordo di Gravidanza solidale e altruistica, anche se sottoscritto all'estero in applicazione del modello giuridico di tipo commerciale o di altri modelli.

In virtù dell'analisi sin qui condotta, con la presente legge si intende colmare un vuoto normativo regolamentando, così, il fenomeno della Gravidanza solidale e altruistica, sul territorio italiano, per contrastare le discriminazioni che inevitabilmente l'accesso a tale procedura in altri Paesi comporta, tutelando i diritti e le condizioni delle donne che decidono, in maniera consapevole e volontaria, di portare a termine una gravidanza per conto di altre persone, e partecipando attivamente al loro progetto genitoriale. Tale prospettiva appare molto più ragionevole rispetto al mero e assoluto divieto che, come la storia insegna, produce la fuga e la clandestinità, laddove invece,



soprattutto per la tutela delle persone minori, dovrebbe assicurarsi un percorso limpido e trasparente nei passaggi e nelle procedure.