

La sanzione all'estero della "maternità surrogata". Considerazioni sulla Legge n. 169/2024.

di **Nicolò Zammarchi**

Sommario. 1. Premessa. - 2. La gestazione per altri o «maternità surrogata». - 3. Gli illeciti ex art. 12 l. n. 40/2004. - 4. In particolare, il delitto di «maternità surrogata». - 5. Intermezzo: i criteri di applicabilità all'estero della legge penale italiana ex art. 9 c.p. - 6. L'intervento della l. n. 169 del 2024. - 7. Conseguenze attuali e prospettive future della riforma. - 8. Conclusioni

1. Premessa.

Con l. 4 novembre 2024, n. 169, recante «norme in materia di contrasto alla surrogazione di maternità», il legislatore ha modificato l'art. 12, co. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40, prevedendo espressamente che, se i fatti di «surrogazione di maternità» sono commessi all'estero, «il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana». L'intervento è motivato dall'avvertita necessità di «sottoporre alla giurisdizione italiana le condotte compiute dal cittadino italiano, riferibili al delitto di surrogazione di maternità, anche se poste in essere in territorio estero» e, quindi, di «perseguire penalmente condotte commesse in un Paese estero anche quando tale Paese non qualifichi le stesse come illecite»¹; esso trova ragione nel fatto che l'applicazione di questa fattispecie, nelle poche vicende che la hanno riguardata, sia sempre stata esclusa. L'obiettivo del legislatore si lega naturalmente a una considerazione di base: la maternità surrogata, ancorché vietata dal legislatore italiano, è ammessa all'estero e talora vi accedono anche coppie italiane.

Il presente contributo vuole interrogarsi sulle ricadute concrete di queste modifiche per comprendere se, da ora in avanti, la prassi mostrerà diversa attenzione alla «surrogazione di maternità» e, a tal fine, non può prescindere da una sintetica ricognizione di queste pratiche e dell'annesso quadro sanzionatorio. Occorre, peraltro, precisare che, sebbene la materia sia densa di suggestioni di bioetica o di politica criminale, le seguenti considerazioni saranno limitate a profili normativi.

2. La gestazione per altri o «maternità surrogata».

La gestazione per altri è la tecnica di procreazione medicalmente assistita (P.M.A.) nella quale la gravidanza è portata avanti da una donna per conto di un'altra persona o coppia che non può avere figli. È una pratica conosciuta sin dall'antichità

¹ Così la relazione del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 824, XIX Legislatura.

e richiamata persino dai testi sacri – è la vicenda della «schiava di Abramo»² – con forme diversificate rispetto a quelle oggi attuate. È infatti possibile distinguere fra una gestazione per altri tradizionale, ove l'ovulo fecondato appartiene alla donna che porta avanti la gravidanza e una gestazione per altri «gestazionale», nella quale un embrione contenente l'ovulo fecondato *in vitro* viene impiantato nell'utero della gestante.

Le modalità con le quali si giunge all'una o all'altra soluzione sono variegata e dipendono dalla provenienza del materiale biologico impiegato per il concepimento dell'embrione, ma sono tutte accomunate dal fatto che la gravidanza è condotta e portata a termine da una estranea (madre biologica) rispetto ai soggetti che intendono instaurare formalmente il rapporto parentale (genitori d'intenzione).

Tanto distingue la gestazione per altri dalla fecondazione assistita, tecnica di P.M.A. ammessa dalla normativa italiana – ma solo alle condizioni definite dall'art. 5 l. n. 40/2004³ – nella quale invece si dà luogo a una gravidanza in cui l'embrione è fecondato con un ovulo o uno spermatozoo (o entrambi) oggetto di donazione.

Viceversa, la gestazione per altri è espressamente vietata dalla l. n. 40/2004: pertanto, qualsiasi coppia italiana interessata ad avere figli tramite questa tecnica di P.M.A. deve recarsi in uno dei Paesi esteri ove tale pratica è legale. È infatti da notare che, a livello internazionale, la gestazione per altri viene disciplinata in vario modo: a Paesi ove la gestazione per altri è vietata (è il caso della Germania e della Spagna), si affiancano Paesi nei quali la gestazione per altri non viene espressamente regolamentata (come in Argentina o negli Stati Uniti d'America) e Paesi dove, invece, la gestazione per altri è espressamente regolamentata (per esempio, Ucraina e Canada), con diverse modalità.

Queste discipline mutano anche le forme di estrinsecazione della gestazione per altri. A una gestazione per altri gratuita o solidaristica, nella quale la gestante riceve solo un rimborso delle spese sostenute durante la gravidanza (come nel caso del Canada), si affianca una gestazione per altri "commerciale", nella quale invece la gestante riceve un vero e proprio compenso per aver portato avanti la gravidanza per conto di terzi interessati (è questa la soluzione adottata in Ucraina,

² Cfr. Genesi 16, 1-3: Sarai, moglie di Abram, non gli aveva dato figli. Avendo però una schiava egiziana chiamata Agar, Sarai disse ad Abram: «Ecco, il Signore mi ha impedito di aver prole; unisciti alla mia schiava: forse da lei potrò avere figli». Abram ascoltò la voce di Sarai.

³ La fecondazione assistita è consentita solo alle «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», purché sia impossibile rimuovere le cause impeditive della procreazione, ovvero ricorra una condizione documentata di «sterilità o di infertilità» (art. 4 co. 1 l. n. 40/2004), o per le coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità ex art. 6 co. 1 lett. b) l. n. 194/1978.

storicamente individuata come meta privilegiata per le coppie italiane, ove la procedura può costare fino a quarantamila euro totali).

Quel che non cambia è l'*iter* che porta alla realizzazione della «maternità surrogata»: le coppie interessate si accordano con un centro straniero nel quale si pratica la gestazione per altri; quindi, si recano fisicamente all'estero, ove si procede all'estrapolazione e all'impianto del materiale genetico nella gestante; effettuata la fecondazione e terminata la gravidanza, il nascituro viene consegnato ai genitori intenzionali. A questo punto, le coppie formano un atto di nascita, rilasciato dall'Autorità estera, nel quale sono indicati quali genitori del nascituro i due cittadini italiani, secondo la legge del Paese prescelto; al rientro in Italia, l'atto di nascita è trascritto secondo le norme civili.

È su questo fenomeno che si innesta oggi il delitto ex art. 12 co. 6 l. n. 40/2004.

3. Gli illeciti ex art. 12 l. n. 40/2004.

Il divieto di maternità surrogata si inserisce in una più generale indicazione delle sanzioni e dei divieti connessi alle norme in materia di P.M.A. ex art. 12 l. n. 40/2004. Tale disposizione prevede come illeciti amministrativi l'utilizzo a fini procreativi di «gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente», in violazione dell'art. 4 co. 3 l. n. 40/2004 (co. 1), l'applicazione di tecniche di P.M.A. a coppie in cui i componenti non siano entrambi viventi, ovvero siano dello stesso sesso, o non coniugati, o uno dei due componenti sia minorenne (co. 2), ovvero senza aver raccolto il necessario consenso (co. 4) o in strutture diverse da quelle altrimenti previste (co. 5). Sono illeciti puniti con la sanzione pecuniaria ex art. 12 l. n. 40/2004, peraltro elevatissima (a mero titolo esemplificativo, la sanzione prevista dal co. 1 oscilla fra i trecento e i seicentomila euro), alla quale si accompagna la sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni per il medico (co. 9) e la sospensione per un anno dell'autorizzazione alla struttura accreditata (co. 10).

A tali sanzioni amministrative si affiancano tre diversi illeciti penali: oltre al delitto di «maternità surrogata», previsto dal co. 6, vi sono quelli previsti dai co. 3 e 7.

Con un espresso richiamo all'art. 76, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, il delitto di cui al co. 3 sanziona l'autodichiarazione mendace nelle autocertificazioni prodromiche alla P.M.A.: pertanto, in questi casi, sono applicate le stesse pene che si applicano alle norme in materia di falso, aumentate da un terzo alla metà.

Il co. 7 sanziona invece la realizzazione di cloni umani, cioè l'avvio di «un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto». Le pene ivi previste sono particolarmente elevate: la reclusione da dieci a vent'anni e la multa da 600mila a un milione di euro.

Infine, il co. 8 stabilisce la non punibilità per i soggetti che si sottopongono ai trattamenti ivi menzionati, salvo il caso della «maternità surrogata»: e ciò, come si vedrà, può giustificare l'eventuale punibilità anche dei parenti di intenzione.

4. In particolare, il delitto di «maternità surrogata».

L'art. 12 co. 6 l. n. 40/2004 punisce «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità». Questi diversi reati sono assoggettati alla stessa, elevatissima multa prevista dal co. 7 (da seicentomila a un milione di euro), combinata alla reclusione da tre mesi a due anni. Va subito detto che la contenuta comminatoria edittale detentiva consente un agile accesso a quasi tutti i meccanismi di *diversion* procedimentale e sanzionatoria previsti dall'ordinamento: oltre alla sospensione condizionale della pena, il reato è compatibile con la messa alla prova e con la sostituzione delle pene in sanzioni alternative alla detenzione ex l. 24 novembre 1981, n. 689.

La fattispecie di «surrogazione di maternità», procedibile di ufficio, sanziona «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità». Tale reato, che per la Corte costituzionale «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»⁴, viene ricondotto da parte della dottrina agli «illeciti di concepimento», in quanto fondato essenzialmente su «valutazioni negative riguardanti il tipo di famiglia» conseguente al procedimento medico⁵.

Il reato prevede tre diverse condotte: realizzare, organizzare o pubblicizzare la surrogazione di maternità. Sono condotte libere, ad ampio spettro, fra loro alternative e collocate, da un punto di vista logico, su livelli di tutela diversi, secondo una ideale progressione lesiva: alla pubblicizzazione segue l'organizzazione e, infine, la realizzazione della «surrogazione di maternità».

La pubblicizzazione consiste nella diffusione fra il pubblico di informazioni prodromiche alla surrogazione di maternità; l'organizzazione consiste nella *pianificazione* dell'operazione e ricomprende la predisposizione dei mezzi necessari a procedere con l'operazione, ivi compresa la selezione della gestante l'estrazione di materiale biologico dai genitori di elezione; la realizzazione identifica invece la riuscita della maternità surrogata (dunque, la nascita e la consegna ai genitori di elezione).

Tutte queste condotte determinano la «surrogazione di maternità», evento tipico del reato. Sebbene questa locuzione sia chiara a livello scientifico, la sua declinazione in termini giuridici è piuttosto incerta e l'assenza di una precisa definizione⁶ suscita critiche in ordine alla determinatezza della fattispecie penale⁷, originando al contempo diverse ricostruzioni delle condotte.

⁴ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

⁵ Cfr. A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 63.

⁶ È quanto rileva V. Tigano, *Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita alla luce delle proposte del Gruppo di ricerca per la riforma dei reati contro la persona*, in *Arch. pen. (web)*, 5 dicembre 2022, 18.

⁷ E. Dolcini, *La procreazione medicalmente assistita: profili penalistici*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, vol. II, t. II, *Il Governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando,

Per i primi commentatori, rientra nella realizzazione della «surrogazione di maternità» qualsiasi accordo preso, in qualunque modo, a tal fine⁸. Per altri, sono sanzionate solo quelle pratiche – mediche⁹ – che realizzano una piena dissociazione fra la madre biologica e la madre di elezione, come accade quando una donna produce un embrione con il proprio ovulo, per poi chiedere ad altra donna di portarlo alla nascita¹⁰. Una parte dei sostenitori di questa tesi sottolinea inoltre che la «maternità surrogata» sarebbe reato proprio dell'operatore sanitario, nel quale potrebbero eventualmente concorrere i genitori di elezione, mentre la gestante potrebbe dirsi persona offesa del reato¹¹.

Queste ricostruzioni alternative incidono inevitabilmente sulla consumazione del reato. Per chi ritiene che possa dirsi sanzionato già il semplice accordo, è questo il momento in cui il delitto è integrato; per chi restringe la portata applicativa della fattispecie all'impiego di tecniche mediche, il reato si consuma con il parto (in questo senso anche la giurisprudenza)¹²; altri, invece, individuano il perfezionamento del reato nella consegna del neonato ai committenti¹³, cioè al termine della "pratica".

Quanto al coefficiente soggettivo, si tratta di un delitto solo doloso, connotato da un dolo generico che comprende la coscienza e la volontà di giungere – tramite le condotte libere di cui si è detto – alla surrogazione di maternità; l'elevato tasso tecnico delle operazioni comunque considerate dal reato esclude il dolo eventuale. Il delitto è inoltre compatibile con il tentativo (è il caso in cui la gestante non riesce a portare a termine la gravidanza).

Tutte le condotte sono strutturate in forma monosoggettiva, ma è difficile immaginare un unico autore per la «realizzazione» della maternità surrogata: se è vero che l'operazione viene materialmente portata a termine sotto la guida di un medico, è anche vero che il medico – che agisce realisticamente in sinergia con altri professionisti – agisce su specifico mandato dei genitori di elezione, i quali

C.M. Mazzoni, S. Rodotà, S. Zatti, Milano, 2011, 1551. Di recente, sul tema, A. Di Nino, *Verso un diritto penale onnipotente? Il controverso caso della maternità surrogata all'estero*, in www.sistemapenale.it, 18 aprile 2024.

⁸ È quanto osserva S. Canestrari, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 4, 420; concorde M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 3, 931.

⁹ T. Trinchera, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1399.

¹⁰ È la posizione di A. Vallini, *La schiava di Abramo. Il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 7, 905-906.

¹¹ D. Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cass. pen.*, 2017, 4, 1366.

¹² Cass., Sez. III, 28 ottobre 2020, n. 5198.

¹³ A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. med. leg.*, 2015, 4, 1548-1549.

forniscono il proprio materiale biologico. La questione più ricorrente sarà allora, quantomeno per la «realizzazione», una commissione concorsuale dell'illecito. I problemi ricostruttivi qui compendiatati non trovano, di fatto, alcuna risoluzione nella prassi: prima della riforma del 2024, la fattispecie rimaneva lettera morta. La disapplicazione del delitto era ragionevolmente dovuta a una certa ritrosia ad incriminare condotte che, all'estero, erano – e sono tuttora – lecite. Di conseguenza, si tendeva a sussumere la dissociazione di maternità in altri reati che sanzionano proprio la prospettazione di una situazione diversa dalla realtà, cioè ai delitti in materia di falso; effettivamente, per la legge italiana, l'atto di nascita formato all'esito delle pratiche di maternità surrogata è ideologicamente falso, giacché gli artt. 231 ss. c.c., che regolano il rapporto di filiazione, indicano come «madre» solo la partoriente, e come «padre» solo il soggetto legato da un legame genetico con il nascituro.

Nella prassi, quindi, la dissociazione di maternità era ricondotta all'alterazione di stato nella formazione di un atto di nascita (art. 567 co. 2 c.p.)¹⁴ o alla falsa attestazione a un pubblico ufficiale sull'identità propria o altrui (495 c.p.)¹⁵. Le pronunce che aderivano a questa tesi si pronunciavano peraltro per l'assoluzione degli imputati. In specie, mentre dell'alterazione di stato difettava l'elemento soggettivo del reato¹⁶, le false dichiarazioni venivano escluse sul duplice presupposto che l'atto non sarebbe di per sé falso – anzi, è conforme alla legge estera – e l'ufficiale di stato civile italiano, comunque, non avrebbe concorso a «formare» l'atto falso, ma vi avrebbe al più dato, con la trascrizione, una mera ratifica.

È su questi profili che occorre valutare le ricadute della riforma del 2024 sulle condotte che realizzano una «maternità surrogata» all'estero.

A tal fine, conviene dapprima rammentare a quali condizioni la legge penale italiana è applicabile fuori dai confini dello Stato.

5. Intermezzo: i criteri di applicabilità all'estero della legge penale italiana.

L'art. 3 c.p. dispone anzitutto l'obbligatorietà delle norme penali italiane per tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato, secondo il principio di *territorialità*. Tale principio viene meglio esplicitato all'art. 6 c.p., per il quale (co. 1) è punito secondo la legge italiana chiunque commette un reato nel territorio dello Stato,

¹⁴ Dopo la sentenza di Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, l'art. 567 c.p. sanziona con la reclusione da tre a dieci anni chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità.

¹⁵ L'art. 495 c.p. prevede la reclusione da uno a sei anni chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona.

¹⁶ Cfr. Cass., Sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1, 1085 ss., con nota di A. Madeo, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*.

per come definito all'art. 4 c.p.¹⁷, e (co. 2) il reato si considera commesso in Italia quando l'azione od omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione. Nella prevalente interpretazione giurisprudenziale, quest'ultima disposizione, recante il c.d. criterio dell'*ubiquità*, ha un'ampia portata: per radicare la giurisdizione italiana è infatti «sufficiente che nel territorio dello Stato si sia verificato anche solo un frammento della condotta, intesa in senso naturalistico, che, seppur privo dei requisiti di idoneità e inequivocità richiesti per il tentativo, sia apprezzabile in modo tale da collegare la parte della condotta realizzata in Italia e quella realizzata in territorio estero»¹⁸.

Il principio di territorialità trova una prima deroga nelle norme di diritto pubblico interno o di diritto internazionale – si pensi, su tutti, alla disciplina delle immunità – e una seconda deroga al co. 2 dello stesso art. 3, che prevede l'applicazione delle norme penali italiane anche a chi si trova all'estero, ma limitatamente ai casi stabiliti dalla legge o dal diritto internazionale.

La disciplina per i reati commessi all'estero trova sede agli artt. 7 ss. c.p. e, al riguardo, è possibile distinguere i reati puniti incondizionatamente secondo la legge italiana e da quelli puniti secondo la legge italiana, ma solo a determinate condizioni.

I delitti punibili incondizionatamente secondo la legge italiana si trovano all'art. 7 c.p., per il quale gli illeciti ivi elencati – commessi dal cittadino italiano o straniero – sono puniti in ogni caso. A una più analitica indicazione dei reati, accomunati dalla loro pertinenza a interessi spiccatamente statali¹⁹, si accompagna una clausola di chiusura, contenuta nell'art. 7, co. 1, n. 5 c.p., che prevede la punibilità incondizionata di ogni reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana, secondo il principio di universalità, alla stregua del quale la legge penale nazionale deve applicarsi a chiunque²⁰. Ricorre così la figura del c.d. reato universale²¹, cioè dell'illecito penale che può essere punito in ogni caso, indipendentemente da chi o dove lo commetta: figura alla quale sono attratte tanto ipotesi evocanti un'ideale

¹⁷ È territorio dello Stato il territorio della Repubblica e ogni altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato.

¹⁸ Cass. pen. Sez. IV, 8 novembre 2021, n. 39993.

¹⁹ All'art. 7 c.p. sono infatti i delitti contro la personalità dello Stato, i delitti di contraffazione e di uso del sigillo statale, i delitti di falsità in monete e i delitti dei Pubblici ufficiali commessi con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alle funzioni. Sul tema, per tutti, M. Scoletta, *I limiti spaziali alla legge penale*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Torino, 2024, 167 ss.

²⁰ F. Mantovani, G. Flora, *Diritto penale. Parte generale*, 2023¹², 860.

²¹ Sul tema, S. Manacorda, M. Colacurci, *Il "reato universale"? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano*, in *Arch. pen. (web)*, 4 novembre 2024.

di giustizia universale che deve essere attuata da tutti gli Stati²², cioè l'insieme dei crimini internazionali²³ – come la tortura²⁴ –, quanto una serie di fattispecie ritenute meritevoli di sanzione anche laddove commesse all'estero. È questo il caso, per esempio, del reato di morte o lesioni come conseguenza dei delitti in materia di immigrazione clandestina, ex art. 12-bis d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dal d.l. 10 marzo 2023, n. 23 (c.d. "decreto Cutro"), per il quale (co. 6) «se la condotta è diretta a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, il reato è punito secondo la legge italiana anche quando la morte o le lesioni si verificano al di fuori di tale territorio» e, più in generale, dei delitti contro la libertà individuale e quelli contro la libertà sessuale, i quali (ex art. 604 c.p.) trovano applicazione «altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano». Per questi reati non è dunque richiesta alcuna condizione di procedibilità.

Sono invece punibili solo in presenza di determinate condizioni i delitti politici (art. 8 c.p.)²⁵ e taluni delitti comuni, commessi all'estero dal cittadino italiano o straniero. Ai sensi dell'art. 9 c.p., la punibilità del cittadino italiano per i delitti comuni, fra i quali rientra la «maternità surrogata», è disciplinata secondo due distinte fasce di gravità.

Al co. 1 vengono affrontati i delitti sanzionati «con l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni», per i quali il cittadino italiano che ha commesso il reato all'estero è punito a condizione che si trovi sul territorio italiano. Laddove sia stabilita una pena detentiva di minore durata, il co. 2 dell'art. 9 prevede che il cittadino è punito «a richiesta del Ministro della giustizia ovvero a istanza o a querela della persona offesa», salvo (a seguito della l. 9 febbraio 2019, n. 3, c.d. «Spazzacorrotti»), i delitti di cui agli artt. 320, 321, 346-bis, 648 e 648-ter.1 c.p. Va peraltro evidenziato che, per la prevalente giurisprudenza di legittimità – in uno con la dottrina – la procedibilità per i delitti elencati al co. 2 dell'art. 9 c.p. presuppone la presenza del cittadino nel territorio dello stato²⁶.

²² Di recente, C. Meloni, *Giustizia universale? Tra gli Stati e la Corte penale internazionale: bilancio di una promessa*, Bologna, 2024.

²³ E. Fronza, *Giudicare e punire i crimini contro l'umanità: quale misura per l'incommensurabile?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 28 maggio 2024; A. Vallini, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 1, 93 ss.

²⁴ C. Meloni, *L'eterno dibattito sul delitto di tortura in Italia alla luce della normativa internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 2, 263 ss.; più in generale, F. Palazzo, *Crimini internazionali e giurisdizione interna*, in *ivi*, 153 ss.

²⁵ Cfr. M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Milano, 2000; D. Pulitanò, voce *Delitto politico*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, vol. III, 358 ss.; G. De Francesco, voce *Reato politico*, in *Enc. dir.*, 1987, vol. XXXVIII, 897 ss.

²⁶ In giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2023, n. 19335; Cass., Sez. V, 6 aprile 2016, n. 40278; in dottrina, per tutti, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 2024⁹, 140 ss.

La punibilità dei delitti comuni commessi all'estero dallo straniero è invece regolamentata dall'art. 10 c.p. Per il co. 1, «lo straniero che, fuori dei casi indicati negli artt. 7 e 8 c.p., commette in territorio estero, a danno dello Stato o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno», è punito secondo la legge italiana, purché lo stesso «si trovi nel territorio dello stato» e vi siano le condizioni di procedibilità già richiamate all'art. 9 c.p. (dunque, richiesta, istanza o querela). Per il co. 2, qualora si tratti di un delitto a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, l'autore del reato è punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro di Giustizia, purché si trovi nel territorio dello Stato, si tratti di un delitto punito con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni e non si sia proceduto all'extradizione.

È infine da segnalare che, nei lavori preparatori e nella relazione introduttiva al Codice penale, il legislatore rappresentava la necessità che la punibilità del cittadino per il reato commesso all'estero – quantomeno per i delitti comuni ex artt. 9 e 10 c.p. – sia subordinata alla c.d. «doppia incriminazione», quindi ai casi in cui quello stesso comportamento assuma rilevanza penale in entrambi gli ordinamenti (italiano e straniero). Ancorché questo elemento sia oggi inserito nel solo art. 13, co. 2 c.p., in materia di estradizione, la quale «non è ammessa, se il fatto che forma oggetto della domanda di estradizione non è previsto come reato dalla legge straniera», esso viene introdotto, in via interpretativa, come ulteriore presupposto applicativo degli artt. 3 ss. c.p.²⁷. Sul punto si tornerà in seguito.

6. L'intervento della l. n. 169 del 2024.

Spostiamo ora l'attenzione sulla recente modifica del delitto di «maternità surrogata», motivata proprio dalla necessità di evitare l'impunità di chi realizza simili pratiche.

Ai sensi del secondo periodo dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004, introdotto dalla l. 169/2024, «se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana». Resta immutata la cornice edittale del reato: la reclusione da sei mesi a due anni e la multa da seicentomila euro a un milione di euro.

Per comprendere la portata della riforma occorre soffermarsi nuovamente sullo stato di salute del delitto in esame *ante* l. n. 169/2024 e approfondire le ragioni che, come anticipato, lo avevano portato alla sostanziale inapplicabilità.

In applicazione dei principi generali ex artt. 3 ss. c.p., la previsione di un minimo edittale pari a sei mesi di reclusione impediva *tout court* la punibilità dello straniero concorrente nel reato realizzato al di fuori del territorio dello Stato. Viceversa, i cittadini italiani potevano essere puniti per la «surrogazione di maternità» realizzata all'estero solo al ritorno in Italia, purché – dopo aver commesso una

²⁷ Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2024¹³, 169 ss.

«parte significativa dell'azione» in Italia ex art. 6 co. 2 c.p. – vi fosse una formale richiesta del Ministro della Giustizia in tal senso; a questi requisiti si aggiungeva, per alcuni commentatori, la «doppia incriminazione», cioè la punibilità anche all'estero delle pratiche in esame²⁸.

Ora, fermo restando che tutte le pratiche mediche di cui si tratta avvenivano nelle cliniche collocate all'estero, sicché il reato risultava commesso in territorio straniero – come anticipato, il termine «realizzare» viene fatto coincidere con il termine della gravidanza, cioè con la nascita – l'unica condotta orientata alla commissione del reato astrattamente avvenuta in Italia poteva essere individuata negli accordi preparatori alla P.M.A. intercorsi tra i genitori di elezione e il centro straniero.

Tuttavia, la Cassazione non riteneva che tali contatti potessero costituire un'apprezzabile porzione di condotta commessa in Italia: piuttosto, per rientrare nel fuoco applicativo dell'art. 6 c.p., la parte di condotta commessa in Italia doveva essere «significativa e collegabile in modo chiaro e univoco alla parte restante realizzata in territorio estero», da ciò conseguendo l'esclusione dall'art. 6 c.p. di «un generico proposito, privo di concretezza e specificità, di commettere all'estero fatti delittuosi, anche se poi ivi integralmente realizzati», come nel caso delle *mail* preparatorie per l'accordo e l'intervento²⁹.

Questa interpretazione comportava l'inapplicabilità della «surrogazione di maternità» alle pratiche di cui si sta trattando: al rientro dei genitori in Italia (condizione di procedibilità), il reato risultava già consumato, in quanto interamente commesso all'estero; dunque, in assenza di un'apposita richiesta proveniente dal Ministero della Giustizia – mai avanzata dal 2004 al 2024 –, il delitto rimaneva improcedibile e la legge penale italiana inapplicabile.

Residuavano solo teorici spazi di applicabilità ai delitti in materia di falso ma, come si è illustrato, pure queste finestre di illiceità penale venivano, di fatto, sbarrate in via interpretativa³⁰. La regolarità dell'atto secondo la normativa del Paese estero escludeva sia la sussistenza obiettiva dell'alterazione di stato civile (art. 567 c.p.)³¹, che la sussistenza obiettiva della falsità ideologica (art. 495 c.p.), oltre che la consapevolezza, per gli impiegati dell'anagrafe (e dei genitori italiani), di

²⁸ E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *Notizie di Politeia*, 2014, 79 ss.; T. Trinchera, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 435.

²⁹ Cass., Sez. III, 28 ottobre 2020, n. 5198.

³⁰ Per l'atipicità dei delitti in materia di falso commessi all'estero v. da ultimo A. Vallini, *La rana che voleva farsi bua e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 20 febbraio 2024, 8 ss.

³¹ Cass., Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 31409.

commettere tali reati³². Ma non solo: per altra parte della giurisprudenza, la liceità all'estero della surrogazione di maternità avrebbe persino consentito l'esercizio di un diritto in forma putativa³³ sicché, in entrambi i casi, si giungeva al proscioglimento degli imputati «perché il fatto non costituisce reato». È in questo contesto che si inserisce la riforma del 2024, con la quale si mira espressamente a punire il solo «cittadino italiano» che commetta all'estero il solo delitto di maternità surrogata.

7. Conseguenze attuali e prospettive future della riforma.

È tempo di analizzare le conseguenze della riforma sull'applicazione dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004.

Va subito detto che la «maternità surrogata» non è, ad oggi, un reato universale³⁴: la norma non replica quanto emerso in sede di dibattito parlamentare, laddove si era proposto di aggiungere un inciso che avrebbe permesso di applicare, nei confronti di chiunque – italiano o straniero –, «le pene stabilite dal presente comma (...) anche se il fatto è commesso all'estero»³⁵. Piuttosto, viene adottato il diverso criterio della personalità attiva, in funzione del quale il delitto può essere realizzato dal solo «cittadino italiano».

In termini generali, l'intervento incide sulla punibilità del cittadino per condotte commesse all'estero, dunque su profili di stretto diritto sostanziale, con evidenti ricadute sulla disciplina della successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 c.p. La modifica è quindi riconducibile a una nuova incriminazione, sicché la sanzione per i fatti di maternità surrogati commessi all'estero dal cittadino italiano riguarderà solo vicende successive all'entrata in vigore della l. 169/2024 (3 dicembre 2024).

Verifichiamo allora cosa accadrà quando un cittadino italiano si recherà all'estero per realizzare la surrogazione di maternità.

Partiamo dall'individuazione della condotta illecita. Il dato testuale induce a circoscrivere l'art. 12 co. 6 l. 40/2004 a quelle pratiche che, effettivamente, realizzino una dissociazione biologica della maternità, cioè all'impiego dell'ovulo della madre di intenzione per formare un embrione che viene trasferito nell'utero di altra donna³⁶. In questa prospettiva, la consumazione del reato si correla al buon esito delle pratiche, cioè al termine della gravidanza. Il destinatario principale del reato è, quindi, da individuare nel medico che procede a tali operazioni – si tratta di un

³² Così Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2016, n. 48696.

³³ Cass., Sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525.

³⁴ Sul punto M. Zinani, *Il turismo procreativo non è reato universale*, in *Giur. penale (web)*, 2024, 10.

³⁵ Cfr. d.d.l. C. 887, Varchi, sul quale si v. G. Losappio, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limit*, in www.sistemapenale.it, 15 maggio 2023; G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, *ivi*, 2 maggio 2023.

³⁶ A. Vallini, *La rana*, cit., 27.

reato proprio del sanitario – mentre i genitori biologici potrebbero rispondere come concorrenti eventuali ex art. 110 c.p., laddove abbiano fornito un contributo per pervenire alla dissociazione di maternità: il che avviene nella maggior parte dei casi, giacché l'impulso per procedere con tali pratiche proviene proprio da costoro. Occorre dunque chiedersi quali soggetti potranno effettivamente rispondere del delitto in esame laddove commesso all'estero.

Muoviamo da un caso di scuola: due genitori di elezione italiani si recano in una clinica estera con *staff* italiano. Alla nascita, non si ravvisano preclusioni all'astratta applicazione dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004, nei confronti di tutti i soggetti che hanno partecipato all'intervento (*staff* e genitori).

La questione si complica laddove alla surrogazione di maternità partecipino soggetti di diverse nazionalità. Sul punto sono ipotizzabili diversi scenari, ma è opportuno concentrare l'attenzione su due casi: nel primo, lo *staff* medico della clinica estera è italiano e i genitori di elezione provengono da un Paese la cui legislazione non vieta tali pratiche; nel secondo, il personale medico è straniero e i genitori di elezione sono italiani.

Se nel primo caso non vi sono dubbi ad affermare l'astratta punibilità dei medici italiani che praticano la surrogazione di maternità all'estero, la questione si complica per i genitori di elezione non italiani. Questi soggetti, privi della qualifica (medici) e non compresi nel fuoco dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004 commesso all'estero (italiani), potrebbero infatti rispondere come concorrenti morali ex art. 110 c.p., sul presupposto della unità del reato eventualmente plurisoggettivo.

Sul punto, la questione è nota: la prevalente giurisprudenza di legittimità predica una concezione unitaria del reato concorsuale, in ossequio alla quale tutti i concorrenti devono rispondere di quello stesso reato che viene in esame³⁷, senza che sia dato differenziare tra titoli di illecito o responsabilità³⁸.

La pedissequa applicazione del "dogma" determinerebbe così l'astratta punibilità anche dei genitori di elezione stranieri che, all'estero, istigano lo *staff* medico italiano a commettere un fatto di «surrogazione di maternità», prendendo contatti con la struttura medica, recandosi *in loco* e financo pagando l'operazione. E un ulteriore argomento a sostegno della tesi si potrebbe trovare nel fatto che la punibilità di questi soggetti non è espressamente esclusa dal dato testuale dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004: vero che la sua applicazione è circoscritta al solo cittadino italiano, è anche vero che l'art. 110 c.p. opera proprio come clausola di estensione della responsabilità anche per chi, non menzionato nel precetto monosoggettivo, realizzi comunque la fattispecie tipica agendo con altri soggetti.

³⁷ Di recente, Cass., Sez. II, 18 settembre 2024, n. 37395; Cass., Sez. I, 15 luglio 2024, n. 35453.

³⁸ Fatta eccezione per il fatto di lieve entità in materia di stupefacenti ex art. 73 co. 5 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309: sul punto v. Cass., Sez. un., 14 dicembre 2023, n. 27727, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 10, 1308 ss., con nota critica di S. Seminara, *Concorso di persone e unità del reato: l'equivoco che non ha fine*.

Questa interpretazione è, però, superata da più argomenti. È anzitutto da rammentare che, per l'art. 3 co. 2 c.p., la legge penale italiana obbliga anche gli stranieri che commettono un reato all'estero, ma solo in presenza di «casi particolari stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale». Ebbene, risulta davvero difficile ravvisare nell'art. 110 c.p. – norma di disciplina a carattere generale – un caso particolare suscettibile di apportare deroghe all'intangibilità dello straniero che, all'estero, realizzi un fatto conforme a una norma penale italiana.

Un ulteriore argomento contrario è da ravvisare nello stesso presupposto teorico che sostiene una simile interpretazione, cioè nel "dogma" dell'unità del titolo di reato. La dottrina più avveduta ha da tempo evidenziato le ragioni che superano la pretesa unitarietà dell'illecito concorsuale ed è ormai assodato che questa teoria, se mai esistita, debba essere abbandonata. Invero, l'unico elemento unificante le varie condotte concorsuali è il medesimo accadimento materiale, risultando il concorso di persone nel medesimo fatto storico, e non nel medesimo reato, sicché nulla osta a qualificare giuridicamente uno stesso fatto materiale in modo diverso a più soggetti che agiscono in concerto tra loro³⁹.

Si deve allora escludere che i genitori di elezione stranieri possano rispondere come concorrenti nel delitto ex art. 12 co. 6 l. 40/2004 commesso dal medico italiano all'estero. Peraltro, nulla esclude la loro responsabilità per gli illeciti eventualmente previsti dall'ordinamento di appartenenza in ordine al complesso fenomeno della «surrogazione di maternità» (come può eventualmente accadere per i reati in materia di falso), stante la possibilità di attribuire lo stesso fatto storico ai concorrenti in maniera differenziata.

Tutt'altro discorso vale invece per il secondo caso: genitori di elezione italiani si recano all'estero per sottoporsi a pratiche di surrogazione di maternità condotte da medici stranieri.

In questa ipotesi non si ravvisano preclusioni ad affermare la responsabilità dei cittadini italiani come concorrenti ex art. 110 c.p. nel reato commesso dal medico straniero e, al contempo, la non punibilità del medico stesso.

Questa conclusione costituisce un corollario del principio di personalità attiva accolto dall'art. 12 co. 6 l. 40/2004. Il medico straniero non può essere punito perché privo della cittadinanza italiana e perché, mancando specifiche norme di diritto internazionale, le disposizioni in materia di concorso di persone nel reato non costituiscono quei «casi particolari» che consentono altrimenti la punibilità dello straniero all'estero ex art. 3 co. 2 c.p.

La non punibilità del medico straniero non esclude peraltro la punibilità dei genitori di elezione italiani che allo stesso si rivolgono per la surrogazione di maternità. Com'è noto, la non punibilità di un concorrente lascia intatto il fenomeno concorsuale e, del pari, a nulla rileva che i genitori di elezione siano sprovvisti della

³⁹ Sul tema, S. Seminara, *Sul "dogma" dell'unità del reato concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 3, 789 ss.

qualifica (appunto, di medico) necessaria per l'integrazione del reato. Quel che conta ai fini della realizzazione concorsuale di un reato proprio è un qualsiasi contributo dell'intraneo⁴⁰, e nel caso di cui si sta trattando è pur sempre lo stesso medico a realizzare l'intervento vietato dalla legge italiana.

Occorre dunque concludere per la punibilità dei genitori di elezione italiani che, all'estero, si rivolgono a un medico per effettuare una «surrogazione di maternità». L'indagine si sposta ora sulla concreta applicabilità del delitto in parola a questi stessi soggetti.

Va infatti rammentato che, per la sua cornice editale, l'art. 12 co. 6 l. 40/2004 è astrattamente rientrante tra i reati subordinati alla doppia condizione di procedibilità ex art. 9 c.p.: ci si deve quindi chiedere se, effettivamente, la punibilità di una surrogazione di maternità commessa all'estero sia subordinata alla presenza del cittadino sul territorio italiano e alla richiesta del Ministro di Giustizia.

Il quesito non è peregrino, perché i primi commentatori individuano nella disciplina introdotta dalla l. 169/2024 una deroga implicita alle condizioni ex art. 9 c.p.: l'avvio di un procedimento penale avverso il cittadino italiano che realizza una «surrogazione di maternità all'estero» verrebbe quindi ammesso anche in assenza di richieste ministeriali (art. 9 co. 2 c.p.) e della presenza del cittadino nel territorio italiano (art. 9 co. 1 c.p.)⁴¹.

Se della correttezza di questa interpretazione non sembra possibile dubitare, non spiegandosi altrimenti l'innovazione legislativa in commento, non può sfuggire la palese irragionevolezza della conseguente soluzione. Il disvalore del delitto in esame, espresso da una pena detentiva essenzialmente bagatellare, è totalmente distonico rispetto agli altri reati che, invece, sono comunque perseguibili secondo la legge italiana laddove commessi all'estero, ma a condizione che il loro autore sia presente sul territorio italiano⁴² (è quanto avviene ad esempio per il c.d. femminicidio, punito con l'ergastolo)⁴³. È quindi da subordinare la punibilità del delitto ex art. 12 co. 6 l. 40/2004 alla presenza dell'autore sul territorio italiano.

Immaginiamo allora che, portata a termine l'operazione medica, i responsabili si presentino in Italia o, il che è lo stesso, la prassi consenta comunque l'avvio e la

⁴⁰ È quanto rileva S. Seminara, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, 431-437; più in generale, sul tema, M. Pelissero, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004. Indicazioni in tal senso anche in giurisprudenza: cfr. Cass., Sez. VI, 21 giugno 2024, n. 36566; Cass., Sez. VI, 7 marzo 2023, n. 17198; Cass., Sez. V, 14 dicembre 2022, n. 2245.

⁴¹ Così V. Tigano, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25 ottobre 2024, 3.

⁴² Sul punto v. in particolare M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, *Camera dei Deputati*, in www.sistemapenale.it, 29 giugno 2021, 8-9.

⁴³ Per tutti, E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Napoli, 2017.

prosecuzione di procedimenti penali per questi fatti anche laddove gli autori del reato rimangano al di fuori del territorio italiano: il problema si sposta sulla «doppia incriminazione» del fatto come ulteriore condizione necessaria per la punibilità del reato⁴⁴.

I lavori preparatori al Codice penale individuano in questo principio un presupposto applicativo degli artt. 9 e 10 c.p., ma nella versione definitiva dell'articolato normativo esso viene circoscritto al solo art. 13 c.p. in materia di estradizione. Su tale asimmetria si è instaurato un contrasto dottrinale fra chi individua nella «doppia incriminazione» un risvolto del principio di legalità, di colpevolezza o, più ampiamente un principio generale che attiene al rapporto e ai limiti della giurisdizione italiana con altri ordinamenti⁴⁵ e chi non lo ritiene necessario, quantomeno *de jure condito*, perché espressamente escluso dal tenore testuale degli artt. 9 e 10 c.p.⁴⁶.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità è divisa tra pronunce che rinvencono nella «doppia incriminazione» una «condizione indispensabile affinché il reato commesso dallo straniero fuori del territorio dello Stato possa essere punito secondo la legge italiana»⁴⁷ e contrapposte sentenze – sebbene più risalenti – per le quali, invece, la punibilità dei fatti commessi all'estero deve essere ricostruita solo alla luce della normativa italiana⁴⁸.

Questo contrasto giurisprudenziale è espressamente richiamato da una singolare pronuncia di legittimità nella quale, in un caso inerente alla surrogazione di maternità, la Cassazione afferma – in un *obiter dictum* – che la dubbia necessità della «doppia incriminazione» può determinare l'errore inevitabile sulla legge penale del cittadino italiano; l'incerta applicazione del principio costituirebbe, in specie, un «problema [che] assume sicuro rilievo, ai fini della consapevolezza della penale responsabilità della condotta (Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364), in quanto l'errore investe la portata applicativa» dell'art. 9 c.p.⁴⁹. Peraltro, questa pronuncia non prende espressa posizione sulla «doppia incriminazione», come le poche altre sentenze sulla «maternità surrogata».

Tanto rilevato, non sembra comunque potersi prescindere dalla «doppia incriminazione» del fatto per sanzionare la «surrogazione di maternità» realizzata all'estero dal cittadino italiano, atteso che questo requisito risulta un principio

⁴⁴ Cfr. più approfonditamente A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, 2006, 120 ss.; I. Caraccioli, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 4, 973 ss.

⁴⁵ M. Pelissero, *op. ult. cit.*, 5-6.

⁴⁶ A. Pagliaro, voce *Legge penale nello spazio*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIII, Milano, 1973, 1059; A. Spena, *op. cit.*, p. 1552 ss.; F. Mantovani, G. Flora, *op. cit.*, 972-973.

⁴⁷ Cass., Sez. I, 17 settembre 2002, n. 38401.

⁴⁸ Cass., Sez. II, 6 dicembre 1991, n. 2860; Cass., Sez. II, 19 aprile 1983, n. 9249.

⁴⁹ Cass., Sez. V, 10 marzo 2016, n. 13525.

immanente all'ordinamento, fondato sulla necessaria corrispondenza tra le pretese comportamentali statali – italiane e straniere – alle quali è tenuto il cittadino⁵⁰.

Immaginiamo però che, valorizzando il dato testuale e l'espressa intenzione legislativa, la futura giurisprudenza escluda la «doppia incriminazione» dai presupposti necessari per la sanzionabilità della «surrogazione di maternità» commessa all'estero⁵¹.

In questa ipotesi, è difficile non prospettare censure di costituzionalità suscettibili di paralizzare ulteriormente l'applicazione del delitto in esame. I dubbi principali attengono alla conformità del reato con il canone ordinario di ragionevolezza, per l'evidenziata incompatibilità fra questo delitto e gli altri illeciti inseriti nell'elenco *ex art. 9 co. 1 c.p.*⁵²; vaghezza del reato, e in particolare della «realizzazione» della maternità surrogata, induce inoltre a ravvisare tensioni anche con il principio di determinatezza *ex art. 25 co. 2 Cost.*⁵³.

Ma anche supponendo che la giurisprudenza non tenga in considerazione simili criticità, giungendo comunque all'accertamento del reato e all'irrogazione di una condanna, rimane il fatto che la l. 169/2024 non ha modificato la cornice edittale della fattispecie. La «surrogazione di maternità» prevede tuttora una sanzione detentiva breve (da sei mesi a due anni), che rende il delitto – oltre che rientrante nelle ipotesi «a citazione diretta» innanzi al Tribunale in composizione monocratica *ex art. 550 co. 2 c.p.p.* – compatibile con la sospensione del procedimento con la messa alla prova, con la conversione della pena in una sanzione alternativa alla detenzione *ex l. 689/1981* e con la sospensione condizionale della pena. Detta altrimenti: la riforma non ha inciso in modo sostanziale su una fattispecie di reato che, per la sua concreta dimensione sanzionatoria, era e resta essenzialmente bagatellare e, come tale, sarà ragionevolmente trattato.

8. Conclusioni

Nelle pagine che precedono è stato analizzato il delitto di «maternità surrogata» per come modificato dalla l. 169/2024. Si è visto in particolare come tale delitto

⁵⁰ Più nel dettaglio, T. Trinchera, *op. cit.*, 1413-1417.

⁵¹ Per S. Massi, *Sulla "surrogazione di maternità". Aspetti problematici del c.d. reato universale*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 4, 529, la neo-introdotta procedibilità incondizionata per la «surrogazione di maternità» introduce una specifica deroga alla «doppia incriminazione» e ne consente la perseguibilità anche in assenza di un simile requisito; nello stesso senso S. Manacorda, S. Colacurci, *op. cit.*, 25.

⁵² Per queste considerazioni si rimanda a V. Tigano, *Giurisdizione penale*, cit., 27 ss.

⁵³ *Contra* Cass., Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 5198, per la quale non vi sarebbe ragione di dubitare della determinatezza del reato, giacché la «realizzazione» della maternità si perfeziona «con la nascita a gestazione terminata», e le altre condotte integranti la fattispecie sarebbero, al più, da individuare nell'accordo e nella sottoscrizione del contratto tra i genitori di elezione, il centro medico e la gestante: tale interpretazione, che consente di «aumentare la tipicità della norma penale incriminatrice», esclude l'indeterminatezza della disposizione.

abbia ora la pretesa di sanzionare il «cittadino italiano» che, all'estero, commetta fatti di surrogazione di maternità.

L'analisi condotta sul contesto in cui è si colloca la riforma e sui suoi possibili effetti lascia però qualche perplessità in ordine alla sua concreta efficacia.

Anche a prescindere dalla scarsa precisione linguistica che caratterizza tuttora il reato in esame – la norma continua a difettare di un'opportuna definizione di «maternità surrogata», ciò frustrandone l'accertamento –, e dalla possibile reviviscenza della «doppia incriminazione» come requisito della punibilità, all'estero, di fatti commessi dal cittadino italiano, è dubbio che la riforma produrrà apprezzabili effetti sull'applicazione della fattispecie nella prassi, giacché l'immutata cornice edittale dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004 consente l'accesso a qualsiasi forma di *diversion* processuale e penitenziaria oggi conosciuta per i delitti procedibili di ufficio.

Insomma: difficilmente l'obiettivo perseguito sarà raggiunto