

## ***Mater semper certa est? Il delitto di surrogazione di maternità e le sue implicazioni sul piano nazionale ed extraterritoriale***

di ***Giulia Merola***

**Sommario.** **1.** Introduzione. – **2.** Il diritto alla procreazione nell’ordinamento italiano. – **3.** La surrogazione di maternità: la struttura analitica del delitto. – **3.1.** Un’interpretazione in chiave sistematica del delitto. – **3.2.** (Segue) ...e l’interpretazione della giurisprudenza. – **4.** La surrogazione di maternità transnazionale. – **4.1.** Le condizioni (in)espresse dall’art. 9 c.p. ai fini dell’estensione della punibilità: il requisito della doppia incriminazione. – **4.2.** Astratta applicabilità dell’art. 12 comma 6 ai fatti commessi oltre confine: reato ad applicazione nazionale o extraterritoriale? – **4.3.** Il panorama normativo attuale: l’approvazione della Legge Varchi. – **5.** Osservazioni sulla surrogazione di maternità in ottica comparistica: modelli e regolamentazioni a confronto. – **5.1.** Un modello normativo proibizionista: il sistema tedesco. – **5.2.** Un modello normativo permissivo: il sistema inglese. – **5.2.1.** Le fattispecie di intermediazione e di pubblicizzazione. – **6.** Osservazioni conclusive.

### **1. Introduzione**

Il libro della Genesi, ai capitoli 16 e 21, racconta dell’episodio di Abramo, che concepisce con la schiava egiziana, Agar, il figlio Ismaele, a causa dell’impossibilità della moglie, Sara, di avere figli<sup>1</sup>.

Nel capitolo 30 viene narrata l’analogia storia di Giacobbe che, per le medesime cause, decide di unirsi alla serva della moglie, Rachele<sup>2</sup>.

Svariate fonti attestano episodi simili anche ai tempi dell’antica Roma; a tal proposito si faccia riferimento al racconto di Appiano, riguardante la vicenda di Catone il Giovane, che dopo aver avuto dei figli dalla moglie, Marzia, la diede ad Ortensio, suo amico sposato con una donna sterile<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La vicenda è riportata da A. VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociale, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 900 ss.

<sup>2</sup> La vicenda è riportata da I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. CANESTRARI e altri (a cura di) *Il governo del corpo*, II ed., Milano, Giuffrè Editore, 2011, p. 1481 ss.

<sup>3</sup> APPIANO, *De bellis Civilibus Romanorum*, 2, 14, 99. Sul punto v. anche E. CANTARELLA, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana: una storia romana di amore coniugale*, in *Storia delle donne*, 1/2005, p. 131 ss., in cui l’autrice sostiene che i romani “avevano inventato la maternità surrogata. Naturalmente, a modo loro”.

Avvicinandosi a tempi più recenti si pensi al caso affrontato dai Giudici inglesi nel 1987. In quella vicenda una coppia, a causa dell'incapacità di procreare di lei e della volontà di avere un figlio geneticamente proprio di lui, stipulò un accordo con una terza donna, che avrebbe, a seguito del concepimento realizzato con modalità naturali, portato avanti la gravidanza e consegnato, al termine di questa, il nascituro alla coppia di aspiranti genitori<sup>4</sup>.

Sono tutti, i precedenti, casi di surrogazione di maternità che testimoniano come ci si trovi dinanzi ad un fenomeno che, nonostante possa apparire tipico delle moderne società, riguarda l'uomo da tempi immemori; e questo potrebbe ben giustificarsi con l'intimo legame che la pratica ha con la possibilità di soddisfare il desiderio procreativo, vicenda profondamente connaturata all'essenza dell'individuo.

Si può comprendere come, in linea generale, la surrogazione di maternità rappresenta la pratica mediante la quale una donna si offre di portare a termine una gravidanza per conto di altri, con l'impegno di consegnare loro il bambino dopo la nascita.

Si tratta di un fenomeno che oggi, però, assume connotati diversi rispetto al passato, soprattutto per l'approdo del mondo scientifico alle pratiche di fecondazione artificiale.

Un tempo, infatti, il sentimento di comune avversione verso la surrogazione era dovuto principalmente al fatto che per la sua realizzazione era necessario che un uomo intrattenesse rapporti sessuali con una donna diversa da sua moglie (o compagna), con conseguente configurabilità dell'ipotesi di adulterio. Oggi, invece, le obiezioni trovano ragione nella moltiplicazione indefinita di soggetti che può scaturire dall'utilizzo delle tecniche di fecondazione artificiale e nella parallela "medicalizzazione" del fenomeno riproduttivo; si aggiunga anche il supposto interesse del minore a crescere necessariamente con la donna che lo ha partorito.

Da ultimo, e non per importanza, si pensi alla messa in discussione di pilastri considerati fondamentali per la società tutta: che la madre sia sempre certa è convinzione cui storicamente sono ancorate la visione e il sentire sociale dell'ancestrale concetto di maternità. Gestazione, parto e legami genetici hanno incontrovertibilmente rappresentato i fattori di riconoscimento e di individuazione della donna in quanto madre. Ciò basta a perimetrire il portato del fenomeno surrogatorio realizzato attraverso pratiche di fecondazione artificiale: l'inevitabile scissione dei rapporti genetici, gestazionali e sociali implica un superamento della tradizionale visione della maternità, riconducibile

---

<sup>4</sup> *Adoption Application A.A. 212/86 (Surrogacy)*, in *Weekly law Reports*, 3, 1987. Il caso è riportato da T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogate all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, p. 1398 ss.

al brocardo latino "*mater semper certa est*"<sup>5</sup>, sull'altare dell'interesse di una donna diversa da quella che ha portato in grembo il bambino, ma che ne ha, con la sua volontà, determinato la nascita.

Alla luce di questo appare innegabile il mutamento, anche culturale, dell'approccio ai rapporti giuridici di filiazione che porta con sé il fenomeno della surrogazione di maternità.

## **2. Il diritto alla procreazione nell'ordinamento italiano**

Non si può che muovere da ciò che, a parere di chi scrive, rappresenta il presupposto indefettibile di ogni questione legata non solo al tema della gestazione per altri, ma dei diritti riproduttivi in generale. Si tratta della presenza, nell'ordinamento, del diritto alla procreazione riconosciuto in capo ad ogni individuo e implicitamente riconducibile all'art. 2 Cost. È stata la stessa Corte costituzionale, e già negli anni Ottanta, ad avallare tale riconoscimento<sup>6</sup>. L'art. 2 Cost. enuncia il principio personalistico, che informa il modello costituzionale italiano, e la centralità della tutela dei diritti fondamentali della persona umana: garanzie che potranno dirsi soddisfatte solo laddove sia permesso ad ogni individuo di realizzare liberamente la propria esistenza, coerentemente alle proprie volontà, aspirazioni e pur sempre nel rispetto dei diritti altrui.

Ciò permette alla clausola in parola di estendere il suo ambito applicativo a diritti e libertà che pur non espressamente sanciti nella Costituzione sono da questa derivabili, in via diretta o indiretta.

Pertanto, si può verosimilmente desumere che la scelta di procreare, così come la scelta di non farlo, rappresentino l'espressione di una libera autodeterminazione dell'uomo, estrinsecazione del principio personalistico<sup>7</sup>.

A tal proposito è opportuno rimembrare un aspetto fondamentale.

L'esistenza del diritto alla procreazione nell'ordinamento implica senz'altro quella prima e granitica conseguenza rappresentata dalla necessità che lo strumento legislativo, penale e non solo, tuteli tale diritto, ma v'è di più: la previsione di un diritto costituzionalmente garantito impone l'ulteriore dovere, forse meno lampante ma altrettanto imprescindibile, di tenere in considerazione

---

<sup>5</sup> Per un approfondimento sul punto si veda I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 7 ss.

<sup>6</sup> Corte Cost., sentenza 18 dicembre 1987, n. 561, in *Foro It.*, 1/1989, c. 2113 ss.

<sup>7</sup> Cfr. G. MILAN, *Aspetti giuridici della procreazione assistita*, Padova, CEDAM Editore, 1997, p. 86 ss. Diversamente sul punto I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 83, sostiene che il fondamento costituzionale della libertà procreativa sia da rinvenire nell'art. 13 Cost. Ancora, riconduce la libertà procreativa agli artt. 29 e 32 Cost., F. PASTORE, *Il diritto di procreare*, in V. BALDINI (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 165.

la necessaria protezione del suo esercizio anche nelle ipotesi in cui vengano in gioco diversi e parimenti rilevanti interessi.

E ciò perché l'operazione di bilanciamento tra diritti non è derogabile, mai. Eppure, in tema di riproduzione emerge costante uno scarto: a fronte di un diritto alla procreazione costituzionalmente garantito la possibilità che questo possa essere adeguatamente esercitato nella pratica risulta estremamente ridotta quando si tratta di fare ricorso a tecniche di fecondazione artificiale.

Invero, nessuna norma attualmente vigente nell'ordinamento vieta o limita ad una coppia di concepire un bambino per vie naturali e di soddisfare, così, il proprio desiderio di genitorialità.

In tal senso il diritto alla procreazione non subisce restrizioni o interferenze ad opera dello Stato.

Uno spazio di tutela è pure riservato al diritto contrario, quello di non procreare, garantito subordinatamente all'accertamento di determinate condizioni sancite dalla L. 194/1978, recante *"Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"*.

Ancora, oltre alle fasi del concepimento e della gestazione, la tutela della procreazione e del desiderio di genitorialità permea anche nell'ambito dell'instaurazione di rapporti giuridici e parentali tra la coppia e il nato; così, ai sensi dell'art. 269 comma 3 c.c., madre è colei che ha partorito il bambino, salvo che la donna decida di esercitare il diritto a non essere nominata nell'atto di nascita.<sup>8</sup>

Padre, invece, si presume essere il marito della donna partoriente, ex art. 231 c.c., salvo che egli decida di intentare l'azione di disconoscimento della paternità, ex art. 243bis c.c., provando l'assenza di legami genetici con il nascituro.

Nelle ipotesi in cui la coppia non abbia contratto matrimonio, il presunto padre potrà riconoscere il nato ai sensi dell'art. 254 c.c. ovvero ricorrere all'istituto dell'adozione speciale del figlio del *partner*, regolamentata nella legge 184/1983<sup>9</sup> all'art. 44 comma 1 lett. b, per altro estesa anche alle coppie omosessuali<sup>10</sup>.

In tale quadro normativo nulla osta all'eventualità che il bambino abbia un unico genitore, perché riconosciuto solo dal padre o dalla madre; così come pure è presa in considerazione la sfortunata ipotesi in cui il minore si ritrovi senza

---

<sup>8</sup> Sancito all'art. 30 comma 1 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396.

<sup>9</sup> Recante la *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, modificata dalla L. 149/2001 recante *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante la Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, nonché al titolo VIII del libro primo del Codice civile* e vocata, con un capovolgimento di prospettiva rispetto al passato, al primario interesse del minore abbandonato e al suo diritto di avere una famiglia.

<sup>10</sup> Tra tutte si veda Cass. civ., sez. I, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962, in *Dir. di Fam. e Pers.* 2/2016, vol. 4, p. 1013 ss.

alcuna figura di riferimento, sin dalla nascita ovvero in fasi successive ad essa a causa della definitiva carenza di capacità genitoriale del padre e della madre. In questi casi è prevista una dettagliata disciplina dell'istituto dell'adozione del bambino, vocata all'individuazione di un contesto familiare quanto più tutelante e rispondente alle sue fisiologiche esigenze di crescita e di benessere, di fatto legittimando l'acquisizione della responsabilità genitoriale e la determinazione di rapporti parentali tra il minore e soggetti a lui geneticamente estranei.

Tali previsioni, a ben guardare, testimoniano come l'ordinamento prenda in considerazione, tutelandola e garantendola, la genitorialità fondata su una verità legale, oltreché biologica, superando quell'unitario concetto di maternità radicalmente ed esclusivamente basato sulla gestazione.

Se, fin qui, l'ordinamento predispone una regolamentazione in grado di contemplare, e quindi di tutelare, le libertà di scelta in ambito procreativo e l'interesse del minore a crescere in un contesto di stabilità e benessere, il *punctum dolens* della questione risiede, per l'appunto, nell'approdo del mondo scientifico alle pratiche procreative artificiali.

La constatata possibilità di concepire un bambino attraverso tecniche di PMA ha da un lato ampliato le possibilità di scelta dei potenziali genitori e dall'altro imposto al diritto di prendere atto di tale progresso, rendendo necessaria una regolamentazione in grado di garantire gli interessi di tutti i soggetti coinvolti. Ebbene, se in un primo tempo, in assenza di una disciplina *ad hoc*, ha regnato la piena libertà dei consociati di utilizzare le pratiche di fecondazione artificiale senza limiti e senza condizioni, nel 2004, con la legge n. 40<sup>11</sup>, il legislatore ha inteso porre fine al contesto di "far west procreativo", dettando una normativa dal calibro piuttosto restrittivo.

La disciplina del 2004, già in tema di PMA, restituisce risposte piuttosto polarizzate, nel senso di dover ritenere il desiderio di genitorialità, e con questo il diritto alla procreazione, retrocedente rispetto alla tutela dell'embrione quando si tratti di fare ricorso alla fecondazione artificiale.

Ancor più netta, poi, appare la posizione assunta dal legislatore in merito al fenomeno della surrogazione di maternità.

L'art. 12 comma 6 della L. 40, infatti, punisce il reato di surrogazione di maternità con la reclusione da tre mesi a due anni e con una multa da 600.000 euro a un milione di euro.

### **3. La surrogazione di maternità: la struttura analitica del delitto**

Il testo attualmente vigente dell'art. 12 comma 6 della L. 40 letteralmente recita "*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla*

---

<sup>11</sup> Recante Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

*surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana<sup>12</sup>.*

Dalla mera lettura del dato letterale può ricavarsi che certamente si tratta di un reato a più fattispecie<sup>13</sup>, che incrimina alternativamente tre condotte, le quali, nell'ottica del legislatore, condividono il medesimo disvalore e di fatti vengono punite con la medesima pena; è poi certo che la surrogazione di maternità oggetto dell'incriminazione è quella realizzata attraverso il ricorso a pratiche di PMA, altrimenti non si spiegherebbe la collocazione sistematica della norma nella L. 40/2004.

Ciò posto, però, la previsione è scarna nella formulazione, indeterminata già nella descrizione dell'oggetto materiale della condotta oltreché nell'individuazione del momento consumativo e quindi, *a fortiori*, in quella del bene giuridico tutelato. Questo implica la necessaria intrapresa di tentativi di interpretazione che siano in grado di ossequiare i principi del diritto penale e della Carta costituzionale.

Si proceda, dunque, con una indagine della struttura analitica del reato di surrogazione, dapprima in base all'interpretazione del medesimo che, in questa sede, si ritiene quella maggiormente coerente in chiave sistematica e, successivamente, seguendo l'orientamento tracciato dalla giurisprudenza, quell'unica volta in cui, dal 2004, i giudici si sono espressi sul momento consumativo del reato e sul bene giuridico protetto.

### **3.1 Un'interpretazione in chiave sistematica del delitto**

La primissima questione da affrontare riguarda l'esegesi del concetto di "surrogazione di maternità", che, considerato nella sua accezione minima, si traduce nella sostituzione della figura materna; tuttavia, l'utilizzo dell'espressione nell'ambito della L. 40 impone di interrogarsi su quale sia, tecnicamente, il subingresso di una donna, nella maternità di un'altra, che il legislatore ha inteso reprimere penalmente. Per fare ciò occorrerebbe prendere in considerazione le molteplici forme in cui può realizzarsi la frammentazione

---

<sup>12</sup> Il secondo periodo è stato recentemente aggiunto con la L. 4 novembre 2024, n. 169 (c.d. Legge Varchi).

<sup>13</sup> Le norme a più fattispecie si caratterizzano per la medesimezza del bene giuridico protetto, per una identità psicologica-funzionale e per la previsione della stessa pena. Gli elementi tipici delle norme a più fattispecie sono stati individuati da Cass. pen., sez. II, sentenza 17 dicembre 2013 - 14 gennaio 2014, n. 1856; Cass. pen., sez. un., sentenza 27 gennaio 2011 - 26 maggio 2011, n. 21039. Per un riscontro dottrinale sul punto si veda F. MANTOVANI-G. FLORA, *Diritto penale*, XII ed., Firenze, Ceam Editore, p. 123 ss., e anche G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, vol. II, Torino, Giappichelli Editore, 2011, p. 69 ss.

della maternità, al fine di individuare con maggiore precisione quale sia il perimetro del fenomeno<sup>14</sup>.

Nondimeno, appare difficile abbracciare un'unica accezione del termine "maternità" e pretendere di elevarla a parametro esegetico del concetto di surrogazione della L. 40 senza che questo procedimento argomentativo restituisca epiloghi incongrui ovvero irragionevoli; ed è evidente che non sia possibile accettare interpretazioni delle fattispecie legislative che siano prive di ragionevolezza, logicità e coerenza sistematica.

Alla luce di ciò, risulta opportuno e più condivisibile optare per una configurazione della pratica di surrogazione che, presentandosi con una struttura complessa, riesca ad evitare l'arduo compito di dover individuare un'accezione della maternità che si erga a unica considerabile. In tal senso, la

---

<sup>14</sup> Il termine "maternità", infatti, assume significati distinti, incidendo conseguentemente nell'individuazione del perimetro della fattispecie tipica, a seconda dell'accezione con la quale lo si intende.

Ove si considerasse il termine "maternità" quale elemento normativo extragiuridico di derivazione scientifica, per riempierlo di significato bisognerebbe fare appello alle scienze genetiche. In tal senso la maternità va attribuita a colei che ha contribuito, si badi, con i suoi ovociti, alla formazione dell'embrione; se ne ricava che il delitto di surrogazione potrà dirsi configurato ove vengano utilizzati a fini procreativi gli ovociti di una donna diversa da quella che aspiri ad assumere la responsabilità genitoriale nei confronti del nato.

Diversamente, interpretando il concetto di "maternità" nella sua accezione biologica e considerandolo, ancora, elemento normativo della fattispecie di derivazione extragiuridica lo si dovrebbe riferire alla fase della gestazione; conseguentemente si dovrebbe ritenere di essere di fronte ad una pratica di surrogazione di maternità allorquando un embrione, artificialmente concepito, venga affidato alla gestazione di una donna diversa da colei che aspiri ad essere genitore sociale del bambino. *Mutatis mutandis*, intendendo la "maternità" ancora nella sua accezione puramente biologica ma qualificandola come elemento normativo giuridico, ad avere rilevanza sarebbe il momento del parto; in questa prospettiva il reato di surrogazione dovrebbe dirsi configurato a partire dalla semplice sostituzione dell'aspirante madre sociale con un'altra donna che partorisca il bambino al suo posto.

Ancora, potrebbe individuarsi un'ulteriore configurazione della surrogazione qualora si prendesse come parametro esegetico il concetto di "maternità sociale". Tale accezione del termine maternità identifica la posizione della donna che aspiri a rivestire la posizione genitoriale nei confronti del nato, adempia di fatto agli obblighi connessi allo *status* di madre e intrattenga con il bambino un rapporto affettivo; il tutto a prescindere dall'esistenza di legami biologici o genetici con lo stesso. L'unico requisito che connota la maternità sociale è la mancata conduzione della gravidanza. Il reato di surrogazione di maternità, dunque, verrebbe a configurarsi nelle ipotesi in cui sia avvenuta una sostituzione della donna che a seguito del parto dovrebbe assumere tutti obblighi derivanti dallo *status* di madre, con colei che intenda assumere tale *status*, senza però avere legami biologici con il nato (e quindi senza essere stata lei stessa a portare avanti la gestazione).

surrogazione andrebbe intesa come una pratica che trova "il proprio orizzonte di senso solo nell'ottica di una doppia sostituzione nel ruolo di madre" <sup>15</sup>: quella di sottoposizione della donna gestante alle pratiche di fecondazione assistita, ove la gestante si sostituisce alla committente nella fase della gestazione, e quella, cronologicamente successiva, dell'affidamento del bambino all'aspirante madre sociale, ove quest'ultima si sostituisce alla madre "uterina" nel ruolo genitoriale.

Si tratta di due fasi complementari: "senza l'una o l'altra, una surrogazione di maternità non può dirsi compiuta" <sup>16</sup>.

Da ciò deriva che fare riferimento ad uno soltanto dei momenti citati impedirebbe di considerare configurata la fattispecie di reato<sup>17</sup>.

Deve aggiungersi, però, la necessità di considerare un ulteriore elemento che funga da collante fra le due fasi ed eviti di poterle considerare avulse l'una dall'altra: si tratta dell'elemento volontaristico, quello dell'accordo. Di fatti, diversamente argomentando, non potrebbe parlarsi di "*reclutamento*" della donna gestante, né di "*committenza*" della gravidanza da parte dell'aspirante madre sociale<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Così A. SPENA, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, p. 1547 ss. In termini analoghi si pronuncia V. TIGANO *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., 366 ss., ove colloca la surrogazione di maternità "lungo due fasi che si trovano in un inscindibile rapporto di successione logica e cronologica". Ancora, si veda R. VILLANI, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 151 ss., il quale ritiene che l'elemento peculiare della fattispecie di surrogazione sia da rinvenire in uno sfasamento tra due "maternità"; una c.d. uterina, di colei, cioè, che porta avanti la gravidanza e partorisce il bambino, e una c.d. "sociale", della donna che, desiderando un figlio, ma impossibilitata ad averlo, lo commissiona alla prima. Analogamente, fa riferimento ad una struttura complessa e sviluppata in due fasi E.M. AMBROSETTI, *Le norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, II ed., vol. IV, di P. ZATTI (dir.), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, p. 917 ss., ove descrive la surrogazione di maternità come un'obbligazione attraverso la quale una donna si impegna a portare a termine una gravidanza e a consegnare il neonato alla coppia committente.

<sup>16</sup> Si veda ancora A. SPENA, *Una storia semplice?*, cit., p. 1548 ss.

<sup>17</sup> In altri termini, e per richiamare le diverse accezioni del termine "maternità", si sarebbe di fronte ad una previa sostituzione della maternità biologica, nella misura in cui la gestante sostituisce, nella fase della gravidanza, colei che aspira a rivestire il ruolo di madre sociale; e ad una successiva sostituzione della maternità sociale nella misura in cui la donna che, a seguito del parto, dovrebbe assumere lo *status* di madre, con tutti gli effetti giuridici che ne derivano, viene sostituita da colei che tale *status* desidera rivestire nonostante non abbia affrontato in prima persona la gestazione.

<sup>18</sup> Così V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., p. 366 ss.

Posta in questi termini, la surrogazione di maternità trova il suo momento consumativo nella seconda ed ultima sostituzione, con la *traditio* definitiva del nato agli aspiranti genitori, giacché è solo in quel momento che si concretizza l'offesa al bene giuridico tutelato, che non può che essere individuato nello *status civile* del minore per come determinato dagli ordinari criteri civilistici, che imporrebbero, invece, l'attribuzione della maternità a colei che ha partorito. Difatti, è solo al momento della consegna definitiva del bambino alla madre sociale che si realizza la scissione della figura genitoriale di riferimento, in violazione dell'art. 269 comma 3 c.c.<sup>19</sup>, ove l'unica dissociazione rilevante è quella tra maternità biologica e sociale.

Ad una più attenta analisi della tesi appena prospettata deve rilevarsi che la vera lesione dello *status filiationis* avviene solo con l'aggiramento dell'art. 9 comma 2 della L. 40: sebbene la suddetta norma vietи alla donna che partorisce a seguito di sottoposizione a pratiche di PMA di esercitare il diritto di non essere nominata all'atto di nascita, ella potrebbe agevolmente tenere nascoste ai ginecologi e ostetrici le circostanze del concepimento ed esercitare abusivamente il diritto di cui all'art. 30 d.P.R. 396/2000<sup>20</sup>. A questo punto, una volta riconosciuto il bambino dall'uomo committente che ha fornito i gameti per la fecondazione, la madre sociale potrà esercitare il diritto di adottare il figlio del *partner*<sup>21</sup> e realizzare il passaggio della maternità dalla puerpera a sé stessa.

All'esito di tali comportamenti la discendenza materna del minore viene, sì, stabilita in violazione del disposto di cui all'art. 269 comma 3 c.c. ma, se non ci fosse il delitto di cui all'art. 12 comma 6 L. 40, sarebbe pure sprovvista di strumenti legislativi in grado di ripristinarne la veridicità. In questi casi, infatti, le condotte non appaiono affatto violative delle norme sull'adozione, né possono sussumersi nella fattispecie di alterazione di stato mediante falsità, punita ex art. 567 comma 2 c.p., giacché la puerpera, nel momento in cui esercita abusivamente il diritto a non essere nominata all'atto di nascita, non pronuncia mendacio, bensì, semplicemente, omette di rendere note al personale medico le circostanze del concepimento.

---

<sup>19</sup> Argomenta in questo senso V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, cit., p. 381.

<sup>20</sup> Recante il regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127 e il cui art. 30 comma 1 recita come segue: *la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata*.

<sup>21</sup> Previsto dalla L. 184/1983 all'art. 44 comma 1, lett. b), che si riporta di seguito: *i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7: b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge*.

Superare l'*empasse* è possibile se si considera la surrogazione come un reato a pericolo presunto, declinando l'ammissibilità di tale categoria sulla duplice condizione di fondatezza empirico-criminologica dei presupposti della tecnica legislativa e del carattere altamente personale del bene giuridico tutelato<sup>22</sup>.

In questa prospettiva, lo *status civile* del nato è pregiudicato già nella fase di affidamento definitivo alla committente, e ciò sulla base della regola di esperienza per cui, con elevata probabilità, alla *traditio* seguirà l'elusione dell'art. 9 comma 2 della L. 40.

Questa ricostruzione appare verosimile proprio perché se alla *traditio* non seguisse l'aggiramento delle norme civilistiche, la madre committente non potrebbe esercitare alcun diritto né assolvere alcun dovere connesso allo *status* genitoriale: il giudizio legislativo prognostico di pericolosità della condotta incriminata può dunque dirsi fondato sull'*id quod plerumque accidit*.

Soggetti attivi, dunque, saranno coloro che abbiano concorso alla realizzazione della seconda e ultima sostituzione; il medico che ha eseguito la pratica, in questa interpretazione, non potrà considerarsi concorrente necessario giacché il suo contributo, seppur essenziale per la prima sostituzione, è atipico rispetto al momento della *traditio* del nato.

Sebbene questa interpretazione della fattispecie restituiscia coerenza sul piano esegetico e sistematico, continua ad evidenziare delle criticità.

A tal proposito, pregnante è il giudizio di proporzionalità nella sua prima fase, che riguarda il diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta e la limitazione a questo imposta dal potere legislativo<sup>23</sup>. L'art. 12 co. 6 della L. 40, vietando *tout court* la pratica di surrogazione di maternità, incide, comprimendolo, sul diritto all'autodeterminazione degli individui nell'ambito di scelte procreative.

La tutela dell'integrità dello *status civile* del minore rappresenta, nell'ottica qui considerata, la finalità della scelta legislativa oltreché la giustificazione alla limitazione imposta al diritto all'autodeterminazione procreativa.

Ebbene, a questo punto vale la pena constatare che la disciplina dello stato civile del nascituro contenuta del Codice civile non è fondata sulla valenza assoluta

---

<sup>22</sup> Sul punto si veda, G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 463, ove si ritiene che l'ammissibilità delle presunzioni legislative di pericolosità finisce col dipendere dal livello di fondatezza degli apprezzamenti empirico-prognostici che fanno da presupposto alla scelta della tecnica di penalizzazione, oltrchè dalla rilevanza strettamente personale del bene giuridico tutelato.

<sup>23</sup> N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, p. 125, ritiene che il giudizio di proporzionalità si componga di tre fasi; si deve procedere a verificare la proporzionalità del reato (norma di condotta e sanzione) dapprima rispetto al diritto fondamentale sotteso alla condotta vietata, poi con riguardo a quello limitato dalla natura della sanzione e infine nei confronti di quello insito nella precipua tipologia della sanzione.

della verità naturale; invero, la *ratio* ispiratrice si rinviene sempre nel miglior interesse del minore con la preminenza, ove ciò sia funzionale a tale scopo, della verità legale su quella naturale. Ed è proprio quest'ultima considerazione che dovrebbe assurgere a chiave di lettura nel vaglio di proporzionalità della norma: se il diritto degli aspiranti genitori fosse compreso per assicurare che lo *status civile* del minore sia definito secondo le direttive che meglio assicurano il suo benessere, il bilanciamento apparirebbe del tutto soddisfacente. Questa, però, non sembra essere la valutazione a fondamento della norma incriminatrice, che invece sottende una limitazione assoluta del diritto degli aspiranti genitori sull'assunto, che assurge a postulato, che lo *status civile* del minore debba essere determinato sulla base della verità naturale: colei che partorisce è l'unica donna che l'ordinamento riconosce come madre del bambino.

I punti critici qui sono due: in primo luogo, nel particolare fenomeno della surrogazione di maternità, è altamente probabile che la donna gestante non abbia intenzione di essere madre sociale del bambino, a differenza della committente, che proprio in quanto tale è mossa da un forte desiderio di genitorialità; dunque, ad una prima valutazione, la determinazione dello *status civile* del minore che meglio risponde al suo benessere sembra essere quella che permette a chi ha seria intenzione e volontà di divenirne genitore, assumendosi tutte le conseguenze connesse a tale *status* dall'ordinamento.

In secondo luogo, non apprendo nemmeno alla possibilità di una simile valutazione, la norma non opera per nulla un giudizio, prima su quale sia il miglior interesse del minore, poi sulla proporzionalità fra questo e l'eventuale limitazione da imporsi al diritto dei genitori. L'assenza di queste operazioni, quindi l'assenza di un bilanciamento, mette in dubbio la condivisibilità della scelta legislativa che sanziona *in toto* la pratica.

Se davvero l'interesse che l'ordinamento si prefigge di proteggere è quello del fanciullo, più che proibire in modo agevolmente raggiungibile, sarebbe opportuno prevedere una regolamentazione degli effetti della surrogazione che sia realmente mirata a salvaguardare il nato.

Muoversi in questa direzione, tuttavia, presuppone una presa di consapevolezza – e soprattutto un'accettazione – della preminenza, nell'ambito dei rapporti di discendenza, della verità legale su quella naturale; preminenza, per altro, testimoniata da numerose norme civilistiche oltreché, come già evidenziato, fondata sul migliore interesse del minore. Ebbene, questo mutamento di prospettiva non sembra essersi realizzato nel nostro ordinamento: la ragione va ricercata nel dissenso che verrebbe sollevato da quanti temono che il fenomeno della surrogazione di maternità costituisca un attentato al modello di famiglia tradizionale.

Insomma, il delitto di cui all'art. 12 comma 6 sembra essere l'ennesima proibizione della L. 40, in cui la tutela dell'interesse del minore è meramente enfatizzata e mai effettiva. Infatti, quest'ultima risulta prevaricata da scopi altri,

diversi e puramente etici che, se dichiarati, non avrebbero potuto giustificare l'intervento del nostro, laico, diritto penale.

### **3.2 (Segue) ...e l'interpretazione della giurisprudenza**

La Corte di cassazione, pronunciatisi nel 2020<sup>24</sup>, si è orientata in modo assai diverso rispetto all'interpretazione appena prospettata. In quell'occasione, i Giudici, trattando del diverso tema dell'applicabilità dell'art. 12 comma 6 L. 40 anche ai fatti realizzati all'estero, hanno individuato, per la prima volta in sede di legittimità, il momento consumativo del reato.

Secondo la Corte, la fattispecie di surrogazione di maternità comprende le condotte a questa funzionali, antecedenti ed eziologicamente collegate e si perfeziona con la nascita a gestazione terminata.

Sul punto occorre soffermarsi: ritenere il reato consumato al momento della nascita significa togliere rilevanza alla successiva ed effettiva consegna del bambino alla coppia di committenti.

Ebbene, se si muove dall'assunto per cui il bene giuridico tutelato è la corretta determinazione dello *status civile* del minore, questa interpretazione solleva perplessità in termini di anticipazione della tutela: vero è che la nascita rappresenta una fase dell'accordo esecutiva e già avanzata e che, dunque, è ipotizzabile che a questa segua l'affidamento definitivo del nato alla committente; tuttavia, la prognosi è sostanzialmente ipotetica, non è detto sia verosimile.

Del resto, quello della nascita, è il momento più delicato di esecuzione dell'accordo surrogatorio, poiché al termine della gestazione la donna reclutata potrebbe risultare particolarmente vulnerabile rispetto al perfezionamento della prestazione che si è impegnata ad eseguire. Può certo capitare che, subito dopo il parto, la gestante decida di tenere con sé il bambino e di non dare seguito all'accordo; in tal caso, ove cioè la *traditio* non avvenisse, lo stato civile del minore rimarrebbe intatto.

Eppure, in un'ipotesi del genere, secondo l'orientamento giurisprudenziale, la surrogazione di maternità dovrebbe considerarsi realizzata, il reato consumato e i soggetti interessati perseguitibili penalmente.

Sembra essere più convincente, allora, sostenere che i Giudici siano partiti da un presupposto diverso. La giurisprudenza attualmente maggioritaria, infatti, ritiene che ad essere tutelata dalla fattispecie di surrogazione sia la dignità della donna reclutata<sup>25</sup>. Se così è, l'interpretazione fornita dalla Cassazione sul momento consumativo non rappresenta alcuna anticipazione della tutela, piuttosto individua il momento culminante della lesione, in cui la reclutata viene

---

<sup>24</sup> Cass. Pen., sez. III, sentenza 28 ottobre 2020, n. 5198, in <https://dejure.it>.

<sup>25</sup> Cass. S.U., sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162; Cass. S.U., sentenza 8 maggio 2019, n. 12193; Cass. sentenza 11 novembre 2014, n. 24001; in questo senso si veda anche Corte cost., sentenza 28 gennaio 2021, n. 33, in <https://cortecostituzionale.it>.

pregiudicata nella sua dignità e il suo corpo definitivamente strumentalizzato per fini di terzi.

In quest'ottica, la lesione al bene giuridico si verificherebbe a prescindere dalla spontaneità della sottoposizione alle pratiche e dalla gratuità dell'accordo. Il fenomeno surrogatorio implicherebbe, per definizione, una considerazione della donna quale mero organismo riproduttore, snaturando e contrastando il suo ruolo di madre. Una siffatta idea della maternità contrasterebbe sia con il concetto di "maternità responsabile", citato dall'art. 1 della L. 194/1978, sia con il processo di emancipazione femminile; quest'ultimo dovrebbe fisiologicamente opporsi ad ogni forma di strumentalizzazione della donna sia pure gratuita o spontanea<sup>26</sup>.

La stessa Corte costituzionale ha abbracciato l'interpretazione della fattispecie quale orientata alla protezione della dignità della gestante, affermando che la surrogazione di maternità *"offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane"*<sup>27</sup>.

A questa posizione, però, si può obiettare che il concetto di sfruttamento implica etimologicamente il riferimento ad un utilizzo fraudolento di qualcosa o qualcuno ovvero il profittarsi della condizione di vulnerabilità fisica, psichica o economica di un individuo. La norma incriminatrice, al contrario, non richiede – ai fini della sua applicabilità – né l'utilizzo di coercizioni, né la promessa di denaro o altre utilità, né il semplice perseguimento di uno scopo di lucro.

Pertanto, il reato deve considerarsi integrato, e il bene giuridico offeso, anche nelle ipotesi in cui non vi sia sfruttamento e, quindi, non vi sia neppure pregiudizio per la dignità della reclutata.

In questi termini la dignità della donna risulta un bene giuridico solo eventualmente offendibile – dunque tutelabile – e, comunque, ancillare rispetto a quello principale che dovrebbe affiorare in ogni declinazione concreta del reato.

D'altro canto, è pur vero che le suddette critiche perdono di fondamento ove si prediliga un'accezione oggettiva della dignità; in tal caso, si consideri l'ulteriore perplessità circa l'opportunità di elevarla a bene giuridico protetto da una fattispecie di reato.

Questo vorrebbe dire annichilire del tutto l'autodeterminazione della donna in merito ad atti dispositivi del suo corpo, sancendo aprioristicamente che quella di sottoporsi ad una pratica di PMA per portare avanti una gravidanza *pro aliis* rappresenta una scelta lesiva della sua dignità (a nulla rilevando il grado di libertà e di consapevolezza con le quali tale scelta è compiuta). Né vale a dotare di fondamento tale opzione incriminatrice la chiamata in causa di un diritto

---

<sup>26</sup> Cfr. sul punto F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Leg. Pen.*, 2005, p. 337 ss.

<sup>27</sup> Così, Corte cost., sent. 18 dicembre 2017, n. 272, al punto 4.2. del considerato in diritto, consultabile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) .

penale paternalistico; quest'ultimo sottintende un intervento statale in chiave protettiva e di tutela degli individui rispetto a situazioni che potrebbero essere lesive o pregiudizievoli, e ciò sull'altare di una presunta superiorità ordinamentale rispetto alla scelta da compiere. Si auspica di poter scansare l'idea che, attualmente, l'ordinamento e i giudici ritengano le donne incapaci, si ribadisce, aprioristicamente, di prendere una scelta libera, consapevole e nel loro interesse.

Anche perché, a ben guardare, sembra che ad essere valorizzata da questa netta posizione giurisprudenziale non sia la mancata capacità di autodeterminazione della gestante, quanto l'intangibilità del rapporto che essa instaura con il feto nel periodo della gravidanza; e se così è, forse, la chiave di lettura più che paternalistica appare etica.

Posto quanto detto, però, non possono negarsi il peso e il valore della pronuncia dei Giudici di legittimità in termini di tassatività e di prevedibilità della norma penale. Infatti, precedentemente a tale arresto, la facilità con la quale la fattispecie si prestava a differenti possibili interpretazioni aveva conseguenze tutt'altro che meramente dogmatiche. Preferire una certa interpretazione circa l'individuazione del momento consumativo della surrogazione avrebbe inciso sulla determinazione del perimetro dei soggetti attivi del reato e dei concorrenti nel medesimo, con dirette ripercussioni sulla configurabilità o meno della responsabilità penale in capo ai soggetti coinvolti.

Con la presa di posizione in sede di legittimità, al netto della sua condivisibilità nel merito, questo *deficit* non può che considerarsi almeno in parte superato.

Del resto, anche la difficoltà dei consociati di comprendere le direttive di comportamento impartite dalla norma penale e di prevedere le conseguenze dei loro agiti si deve considerare affievolita.

Ciononostante, non si tratta dello stesso impatto che avrebbe avuto una modifica normativa o una sentenza della Corte costituzionale, le quali, incidendo direttamente sul dato letterale, avrebbero definitivamente superato gli oggettivi problemi di tassatività della norma incriminatrice, senza contare, poi, che quella in parola resta una pronuncia isolata sul punto. In questo senso, la perdurante assenza di una disposizione chiara e precisa continuerà a minare l'effettiva conoscenza delle condotte vietate da parte dei consociati e, di conseguenza, le finalità di prevenzione generale e speciale perseguitate dal diritto penale<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Sul nesso tra prevenzione generale e speciale e principio di tassatività si vedano F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1965, p. 293; G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, Cedam Editore, 1984, p. 84 ss.

Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale in merito al principio di tassatività e al divieto di retroattività della legge penale si veda Corte cost., sentenza 24 marzo 1988, n. 363, ove viene sancito che "nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono

Allora, resta senz'altro attuale l'auspicio di un intervento della Consulta, sollecitata dai giudici ordinari, al fine di sancire l'illegittimità costituzionale della norma che incrimina la realizzazione della surrogazione di maternità a fronte del suo palese contrasto con il principio di tassatività della legge penale.

#### **4. La surrogazione di maternità transnazionale**

La stretta legislativa all'autodeterminazione in ambito procreativo, operata attraverso i rigidi divieti introdotti nelle disposizioni della legge 40, ha stimolato la ricerca di altre modalità (seppur più onerose) per soddisfare il desiderio di genitorialità.

Così, le coppie hanno iniziato ad uscire dai confini nazionali per recarsi in Paesi ove la pratica di surrogazione di maternità è lecita al sussistere di certe condizioni, comunque più favorevoli rispetto al divieto assoluto italiano.

L'*iter* si compone di una prima fase in cui la coppia di committenti si reca all'estero e ivi recluta la donna gestante ai fini della realizzazione della surrogazione di maternità.

Una seconda fase in cui, una volta nato il bambino, la coppia di committenti procede alla formazione dell'atto di nascita nel Paese estero che, in base alla *lex loci*, li riconosce genitori del nato.

Infine, una terza fase in cui la coppia rientra in Italia e richiede agli ufficiali di Stato civile la trascrizione dell'atto così formato.

Ciò che può dirsi sin d'ora è che il fenomeno in oggetto (il c.d. *turismo procreativo*), sul piano fattuale, può essere qualificato come una surrogazione di maternità a tutti gli effetti: quella condotta vietata dall'art. 12 co. 6 della L. 40 viene, in questi casi, incontrovertibilmente a configurarsi. Il punto di caduta, che rappresenta il motivo di rilevanza di questo tema, è l'avverarsi di una disarticolazione spaziale fra l'esecuzione della condotta e gli effetti che questa produce. In altre parole, il fatto penalmente rilevante viene consumato fuori dai confini nazionali, ma la richiesta dei committenti di trascrivere l'atto di nascita nel registro di Stato civile, ne fa discendere effetti e conseguenze sul territorio italiano.

Allora, il quesito da porsi è relativo alla possibilità di punire a titolo di surrogazione di maternità ex art. 12 comma 6 L. 40 anche i fatti realizzati oltre i confini nazionali, che, di regola, rappresentano il limite spaziale della legge penale.

---

*necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producono conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella non colpevole e, pertanto, inevitabile ignoranza del preceitto".*

Quanto precisato permette di inquadrare la questione in una problematica di giurisdizione.

L'esigenza che si sente pregnante in questi casi è ben riassunta dal brocardo latino *interest rei publicae ne maleficia remaneant impunita*: si tratta, cioè, di ridurre quanto più possibile il rischio che i delitti rimangano impuniti, attraverso l'introduzione di criteri che permettano allo Stato maggiormente interessato di esercitare la propria giurisdizione ovvero che rimettano quest'ultima alle Corti internazionali nei casi di crimini altrimenti difficilmente perseguitibili (si pensi ai crimini di guerra).

Dunque, il legislatore italiano si è premurato di fornire, all'interno del codice del 1930, i criteri normativi per l'applicazione spaziale della legge penale.

Il riferimento deve correre al Libro primo, titolo I, artt. 6 ss. c.p.

Ai fini della presente trattazione, centrale è l'art. 9 c.p., che rende applicabile la legge dello Stato ai fatti commessi all'estero dai cittadini italiani, fuori, si intende, dai casi previsti dagli articoli precedenti e altrimenti ivi assorbiti. Si tratta di una clausola di personalità attiva, che muove da una pretesa punitiva dello Stato di tipo personalistico-repressiva<sup>29</sup>.

L'art. 9 c.p. subordina la punibilità ai sensi della legge italiana ad una serie di condizioni. In particolare, deve trattarsi di un delitto per il quale l'ordinamento preveda la pena dell'ergastolo ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni; ove quindi il delitto sia punito con pena diversa o inferiore, è necessaria una specifica richiesta del Ministro della giustizia ovvero istanza o querela della persona offesa. Tutto ciò sempreché il cittadino, autore del reato, si trovi nel territorio dello Stato<sup>30</sup>.

Si procederà, quindi, con la declinazione dei suddetti criteri rispetto alla specifica ipotesi del reato di surrogazione, al fine di vagliare se e quando è possibile estenderne l'applicabilità oltre confine; successivamente si rivolgerà l'attenzione alle caratteristiche e alla struttura della norma incriminatrice interna, questa volta per svolgere delle considerazioni circa l'opportunità, in astratto e in concreto, di estenderne l'applicazione; infine, sarà doveroso soffermarsi sul recentissimo intervento legislativo in materia.

---

<sup>29</sup> Ritiene che la *ratio* della disciplina di cui all'art. 9 c.p. vada ravvisata nel principio di personalità attiva P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, vol. I, II ed., Padova, Cedam Editore, 1982 p. 73; diversamente, sostiene che si tratti di una disposizione riconducibile al principio di difesa F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 932.

<sup>30</sup> La presenza del reo nel territorio dello stato è qualificata come condizione di procedibilità da M. ROMANO, *Commentario sistematico al Codice penale*, vol. I, III ed., Milano, Giuffrè Editore, 2004, p. 139; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XIII ed., Milano, Giuffrè Editore, p. 78; nonché in giurisprudenza da Cass. pen., sentenza 14 ottobre 1977, in *Giust. pen.*, 1978 II, 3.

#### **4.1 Le condizioni (in)espresse dall'art. 9 c.p. ai fini dell'estensione della punibilità: il requisito della doppia incriminazione**

Muovendo da ciò che è certo perché sancito dal dato letterale, la surrogazione di maternità, quale delitto punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, se realizzata all'estero potrà essere punita solo in presenza di una specifica richiesta del Ministro della giustizia ovvero di un'istanza o querela della persona offesa.

Ciò, però, non è sufficiente a declarare l'applicazione transnazionale del reato di surrogazione.

Infatti, i principali contrasti dottrinali e giurisprudenziali, con riferimento all'art. 9 c.p., hanno riguardato la necessaria presenza o meno dell'ulteriore e supposta condizione di doppia incriminazione del fatto, in base alla legge italiana e in base alla legge dello Stato in cui viene commesso.

Parte della dottrina nega l'esigenza della doppia incriminazione del fatto sulla base, principalmente, di due argomentazioni; l'una di carattere storico, l'altra di carattere sistematico<sup>31</sup>.

L'argomento storico riguarda la presenza della clausola di doppia incriminazione nei lavori preparatori del Codice penale<sup>32</sup>. In base ad un argomento *a contrario*, la mancata riproposizione della clausola nell'art. 9 c.p. rappresenta l'esito di una consapevole valutazione del legislatore che ha, quindi, concluso per la prescindibilità di tale requisito ai fini dell'estensione della giurisdizione nazionale.

Per quanto riguarda l'argomento sistematico il riferimento corre all'art. 13 c.p., che disciplina l'istituto della estradizione; a mente della norma citata, l'estradizione non è possibile se il fatto che la giustifica non è previsto come reato dalla legge italiana e dalla legge straniera. La chiara previsione della doppia incriminazione nel caso dell'estradizione, in quest'ottica, testimonia come *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*.

Se l'argomentazione storica risulta piuttosto pregnante, lo stesso non può dirsi del riferimento all'art. 13 c.p.; invero quest'ultimo mira a raggiungere uno scopo diverso da quello perseguito dall'art. 9 c.p.

---

<sup>31</sup> Ritengono si debba escludere l'implicita esistenza del requisito della doppia incriminazione A. PAGLIARO, voce *Legge penale nello spazio*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè Editore, 1973, p. 1059; I. CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 995; in giurisprudenza si veda Cass. pen., sez. II, 19 aprile 1983-8 novembre 1983, n. 9249; Cass. pen., sez. II, sentenza 6 dicembre 1991.

<sup>32</sup> Ministero della giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale, Relazione sul libro I del progetto*, Tipografia delle Mantellate, Roma 1929, p. 36 ove si legge che per l'applicazione degli artt. 9 e 10 c.p. "occorre che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso".

L'art. 13 c.p. ha la finalità di assicurare allo Stato che richiede l'estradizione la procedibilità nei confronti dell'imputato ovvero la punibilità del condannato (rispettivamente estradizione processuale ed estradizione esecutiva) che si trovi in un altro territorio; ciò a prescindere dal luogo in cui è stato commesso il reato e ferma, comunque, la competenza a giudicarlo dello Stato richiedente. Le ipotesi riconducibili all'art. 9 c.p., diversamente, muovono dalla commissione di un reato in territorio straniero. In questo senso, la previsione della doppia incriminazione per l'estradizione è funzionale ad esigenze di difesa comune e di collaborazione giudiziaria tra gli Stati; mentre per l'art. 9 c.p., la presunta esistenza di tale requisito eviterebbe un'eccessiva ingerenza della giurisdizione, impedendo l'applicazione della fattispecie italiana ad un fatto commesso in un Paese che non lo qualifica come reato.

Ancora in chiave critica, la tesi che nega l'esistenza del requisito di doppia incriminazione omette di considerare le difficoltà di collaborazione investigativa con un Paese che non ritenga illecito il fatto per cui si procede.

A tutto ciò, si può aggiungere anche l'impressione di un certo eccesso di giurisdizione, che supera i confini dello Stato ove il fatto si è consumato.

Un diverso filone dottrinale ritiene, peraltro sulla scorta degli stessi elementi valorizzati dalla dottrina precedente, che il requisito della doppia incriminazione sia implicito nell'art. 9 c.p.<sup>33</sup>.

In questo caso, la presenza del requisito nei lavori preparatori del Codice penale è ritenuta l'elemento dimostrativo dell'intenzione del legislatore di imporre, quale condizione implicita, la doppia incriminazione del fatto ai fini dell'estendibilità della giurisdizione.

Per quel che riguarda l'art. 13 c.p., invece, si ritiene di dover ragionare per analogia: così come per l'estradizione è richiesta la doppia incriminazione, anche l'estensione della pretesa punitiva statale oltre confine deve ritenersi subordinata a tale condizione.

A ben guardare, questa impostazione, se così argomentata, presta il fianco a perplessità ancora maggiori rispetto alla precedente.

Anzitutto non può tacersi l'esagerata valorizzazione dello strumento dei lavori preparatori; questi rappresentano sicuramente un prezioso ausilio interpretativo, ma elevarli a fonte avente, di fatto, forza normativa, pare forse un po' avventato. Ed anzi, enfatizzando in tal senso la presenza in questi della

---

<sup>33</sup> In tal senso si vedano G. SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, vol. I, Catania, Casa del Libro, 1946, p. 131; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1947, p. 400; V. CAVALLO, *Diritto Penale*, vol. I, Jovene, Napoli 1959, p. 266; M.A. PASCOLLI, *Un'umanità, una giustizia. Contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, Padova, Cedam Editore, 2011, p. 59. In giurisprudenza si veda Cass. pen., sez. I, sentenza 15 novembre 2002, n. 38401; Cass. pen., sentenza 5 aprile 2016, n. 13525;

doppia incriminazione, la tesi finisce per provare ciò che cerca di confutare, ossia una diversa decisione finale del legislatore circa la previsione del requisito.

Inoltre, l'analogia *legis* con l'art. 13 c.p., non sembra cogliere nel segno. V'è da premettere che l'operazione analogica, nel diritto penale, è evidentemente da approcciare con estrema cautela; vero è che, potendosi interpretare il requisito della doppia incriminazione come elemento a favore del *reo*, si tratterebbe di una analogia *in bonam partem*, astrattamente ammessa dall'ordinamento ove non rischi di causare incertezza sul piano normativo ed interpretativo<sup>34</sup>.

Ma è anche vero, però, che l'analogia presuppone, ineluttabilmente, una lacuna legislativa.

Ora, sul concetto di lacuna occorre intendersi poiché è nel suo significato che si ritrova la *ratio* dell'ammissibilità delle operazioni analogiche: la lacuna legislativa che giustifica un'operazione analogica è quella, e solo quella, rappresentata da una carenza normativa involontaria. Diversamente, il silenzio della legge non è una lacuna, ma una scelta; e il silenzio della legge derivante da una scelta non può essere colmato dagli interpreti tramite analogia, pena la violazione del principio della separazione dei poteri.

E allora, se i lavori preparatori espressamente prevedevano la doppia incriminazione, la mancata trasposizione di questa nel codice del 1930 appare tutt'altro che involontaria.

Considerando che nessuna delle due tesi sembra dirimere il dibattito sul punto, taluna dottrina ha spostato la questione sul più fruttuoso piano dell'eventuale fondamento costituzionale della doppia incriminazione, ponendo dunque l'attenzione sui principi dell'ordinamento penale.

In tal senso, si è valorizzato ora il principio di legalità<sup>35</sup>, ora quello di colpevolezza<sup>36</sup> e infine quello di rieducazione<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Diversamente, la stessa analogia *in bonam partem* è respinta da chi in dottrina ne evidenzia un pericoloso coefficiente di incertezza. In questo senso, tra tutti, si vedano G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 275 ss, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 76 ss.

<sup>35</sup> In questo senso si vedano M. GALLO, *La legge penale*, Torino, Giappichelli Editore, 1967, pp. 89 ss; M. ROMANO, *Commentario sistematico al Codice penale*, cit., p. 143; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 82.

<sup>36</sup> Con riferimento specifico al caso del turismo procreativo si vedano A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, p. 29; E. DOLCINI, *Ricerca su cellule staminali embrionali importate dall'estero e legge penale italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 457; E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 150. In generale sul principio di colpevolezza quale fondamento della doppia incriminazione si veda G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2023, p. 181.

<sup>37</sup> Per tutti si veda A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *Genlus*, 2023, 2, p. 170 ss.

Muovendo dal principio di legalità si argomenta che non ritenendo la doppia incriminazione un necessario requisito per l'estensione della giurisdizione, si finirebbe per punire anche condotte commesse in un territorio ove sono considerate lecite, tradendo così il disposto dell'art. 25 comma 2 Cost.

Quanto alla valorizzazione del principio di colpevolezza, inevitabilmente legata alla dimensione appena tracciata del principio di legalità, si fa leva sull'affidamento legittimo alla *lex loci* da parte dell'individuo. In particolare, il principio di colpevolezza implica, in questi casi, che il soggetto agente, conoscendo la legge del luogo in cui si trova, faccia giustamente fede sul dato per cui il fatto non è considerato reato, non è punito ed è, anzi, lecito; questo esclude la possibilità di muovere un giudizio di colpevolezza, in termini di rimproverabilità soggettiva, dell'agente.

Orbene, per quanto suggestive, le due tesi pare partano da un presupposto inesatto: la valorizzazione dei principi di legalità e colpevolezza nazionali con riferimento alle leggi di un Paese straniero.

Il principio di legalità, piuttosto, esprime l'imprescindibile necessità per cui, ai fini della punibilità di una condotta, questa sia qualificata come reato, sì, dalla legge, ma nazionale, non straniera. Ancora, lungi certamente dalla *ratio* del principio di colpevolezza punire l'agente che non intrattenga un nesso psicologico con il disvalore del fatto, e quindi con la previsione di questo come fatto di reato, ma anche in tal caso sia il disvalore sia la previsione dell'illiceità penale hanno come parametro di riferimento la normativa interna.

Insomma, in altri e più sintetici termini, il principio di legalità e quello di colpevolezza si riferiscono alla legge italiana<sup>38</sup>.

Infine, come ricordato, è stato considerato il principio di rieducazione cui la pena dovrebbe tendere, in particolare con riferimento al sotteso concetto di contrasto della desocializzazione.

A tal proposito si è sottolineato come il termine di desocializzazione voglia identificare una devianza rispetto alle aspettative collettive e, con ciò, non possa che essere relativo al contesto sociale ed umano entro cui l'individuo agisce. Se così è, deve dubitarsi che la condotta qualificata come illecita dal nostro ordinamento e commessa in un contesto nazionale, giuridico e culturale diverso, possa valere a considerare l'autore quale individuo desocializzato. Colui che attua un comportamento in una realtà collettiva che non gli attribuisce alcun disvalore dovrà considerarsi pienamente inserito nel contesto in cui opera, con conseguente assenza di ogni istanza rieducativa e di reinserimento.

Rispetto a questa posizione, si può senz'altro condividere l'accezione laica che viene attribuita al termine rieducazione: il bisogno di (ri)adeguamento alle aspettative sociali deve intendersi quale necessità che un individuo, attraverso l'esecuzione della pena, riacquisti la capacità di comportarsi osservando le regole fondamentali di convivenza della società in cui vive. Di conseguenza, è

---

<sup>38</sup> Sul punto si veda F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., pp. 991-992.

certamente fondata l'argomentazione alla base dell'interpretazione in parola, che, giustamente, relativizza il bisogno di rieducazione in base al contesto sociale di riferimento, rigettando la possibilità che un ordinamento possa imporre una sorta di dovere di fedeltà ai valori che gli sono propri ad un cittadino che si trovi in un Paese straniero.

D'altra parte, però, se tale ricostruzione può certamente condividersi laddove riferita a cittadini italiani che vivano stabilmente all'estero, restituisce, invece, non pochi dubbi se calata nei casi di specie di cui si sta discorrendo. Le coppie che si recano all'estero al fine di realizzare una surrogazione di maternità, sebbene si mostrino indubbiamente coerenti con l'assetto ordinamentale del Paese straniero ove tale pratica è lecita e regolamentata, celano (e forse neanche così tanto) l'intenzione di usufruire, qui nel senso quasi di approfittare, della legislazione estera per eludere quella italiana. Vista da questa prospettiva, la condotta dei committenti un *deficit* di socializzazione lo rivela, in particolare, rispetto a tutte quelle coppie italiane che, non potendo o non volendo, non si sono recate all'estero ed hanno rispettato il dettato della legge nazionale.

Quest'ultima considerazione critica sembra, però, potersi superare con una interpretazione dottrinale che, anche ad onor di completezza, deve menzionarsi quale ulteriore posizione all'interno del medesimo orientamento che valorizza il principio rieducativo.

Si ritiene, infatti, che il mancato bisogno di rieducare il cittadino italiano che commetta un fatto penalmente rilevante in un Paese ove ne è riconosciuta la liceità scaturisca dalla *"diminuita capacità di orientamento culturale espressa dalla normativa penale interna"*<sup>39</sup>; in quest'ottica, le normative di Paesi vicini ed affini all'ordinamento italiano, legalizzando, o comunque non incriminando, la condotta tipica, in sostanza, confutano l'adeguatezza della scelta sanzionatoria della disciplina interna, incidendo sulla capacità di quest'ultima di guidare l'agire dei cittadini quando questi si trovino oltre confine.

È pur vero, tuttavia, che una siffatta argomentazione finisce, quasi circolarmente, per tradire la premessa fondamentale: la necessaria accezione laica del concetto di rieducazione.

È, infatti, sicuramente vero che la presenza di una legislazione diversa in Paesi vicini e affini possa influenzare la condotta dei cittadini ed indirizzarla verso un sistema di valori che, seppur non aderente a quello nazionale, risulta condiviso sul piano extraterritoriale; al contempo, con ciò non si può autorizzare, su di un piano astratto e generale, la scelta di ognuno di aderire al sistema straniero, pur vicino e affine, cui maggiormente si sente di appartenere, e ciò a prescindere dal merito di tale sistema, che evidentemente ogni individuo potrà ritenere più o meno convincente, più o meno apprezzabile.

---

<sup>39</sup> Così A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, cit., p. 26.

Vista la presenza di criticità in ognuna delle tesi prospettate, potrebbe apparire opportuna la scelta di abbandonare una compulsiva ricerca di un fondamento costituzionale della doppia incriminazione.

Tuttavia, le difficoltà ermeneutiche nella ricerca di un ancoraggio costituzionale del suddetto requisito non devono necessariamente condurre alla rassegnazione rispetto alla sua inesistenza.

Deve rammentarsi, a tal proposito, l'eventualità del sindacato del Giudice delle leggi. Ebbene, nella plausibile ipotesi in cui a pronunciarsi sull'art. 9 c.p. in combinato disposto con l'art. 12 comma 6 della L. 40 fosse la Corte costituzionale, non è da escludere che, sulla scorta del giudizio di proporzionalità da questa operato, possa evidenziarsi la necessità della condizione della doppia incriminazione.

Per esemplificare, se, da un lato il legislatore ha senz'altro libertà di esercizio della propria discrezionalità nell'ambito delle scelte politico-criminali, anche con riferimento all'estensione della pretesa punitiva statale, dall'altro, tale libertà non potrà mai restituire un'opzione sanzionatoria irragionevole e sproporzionata.

Allora, si ponga l'attenzione sui gradi di giudizio del sindacato di proporzionalità<sup>40</sup>, in particolare sul giudizio di proporzionalità in senso ampio, riferibile alla non arbitrarietà dello scopo perseguito dal legislatore, all'idoneità della scelta incriminatrice a raggiungere tale scopo ed infine alla necessità della limitazione del bene giuridico fondamentale sotteso alla norma penale.

Al netto di quanto può osservarsi, in chiave critica, con riferimento al bene giuridico protetto dal reato di surrogazione di maternità, ciò che il legislatore intende realizzare si traduce in una protezione delle donne gestanti e dei minori nati a seguito delle pratiche in questione da sfruttamenti ad opera dei committenti; muovendo da questo presupposto, la possibilità che l'ordinamento possa perseguire la realizzazione della pratica anche quando questa avvenga all'estero e comunque a prescindere della punibilità della condotta in base alla *lex loci*, pur potendo condividersi come no, non risulta certo irrazionale o arbitraria rispetto al dettato costituzionale.

Invero, l'incondizionata estensione dell'incriminazione rivela le maggiori perplessità con riferimento agli altri due parametri del giudizio di proporzionalità: l'idoneità e la necessità dell'intervento penale.

Con riferimento alla prima, occorre chiedersi se perseguire la surrogazione di maternità con una sanzione penale, anche quando realizzata entro i confini di un ordinamento che ne prevede la liceità, sia opzione idonea a raggiungere lo scopo di tutela della gestante e del minore. Sul punto, a ben guardare, vengono

---

<sup>40</sup> Si tratta dei gradi di giudizio elaborati dalla Corte costituzionale tedesca e progressivamente recepiti dalle Corti nazionali e internazionali; per un ampio approfondimento sul punto si veda N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 122 ss.

in rilievo delle criticità evidenziabili già sul piano della norma incriminatrice interna e, successivamente, e a maggior ragione, sulla sua indistinta applicazione oltre confine; in particolare, la fattispecie di surrogazione di maternità, in punto di determinatezza, sconta non poche lacune, le quali rendono di per sé imprevedibile la responsabilità penale conseguente alla commissione della condotta tipica.

Se a ciò si aggiunge la possibilità di un'incriminazione oltre confine, quand'anche la *lex loci* permetta la realizzazione del fenomeno, all'imprevedibilità della responsabilità penale si affianca l'inevitabile difficoltà processuale di accertare i fatti penalmente rilevanti; deve quantomeno dubitarsi di un'efficace cooperazione giudiziaria sul piano internazionale al fine della repressione di una condotta considerata lecita dalla maggior parte degli ordinamenti.

In questa prospettiva, la doppia incriminazione del fatto rappresenta l'unico elemento in grado di restituire efficienza al sistema processuale e, di conseguenza, idoneità allo strumento penale rispetto al precipitato scopo di tutela.

Ma, pur volendo sorvolare su tali difficoltà, resta comunque imprescindibile il giudizio di necessità del sindacato di proporzionalità. A tal riguardo deve rammentarsi che l'intervento penale nell'ordinamento italiano rappresenta l'*extrema ratio*; sulla scorta di ciò il giudizio di necessità non potrà dirsi superato se è rinvenibile uno strumento ulteriore, meno invasivo e ugualmente efficace rispetto alla norma incriminatrice.

Ebbene, un tale strumento potrebbe individuarsi. Ci si riferisce alla trascrizione dell'atto di nascita straniero nei registri italiani. È emblematico che il legislatore decida da un lato di perseguire penalmente la surrogazione di maternità e dall'altro, sul piano civilistico, permetta, ed anzi imponga, la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero in conformità della *lex loci*<sup>41</sup>.

Sarebbe forse parso più idoneo – e coerente – vietare la trascrizione nei registri nazionali dell'atto di nascita di un minore nato da maternità surrogata.

Ferma sempre la discutibilità nel merito di una tale scelta, intervenire, vietandola, sulla trascrizione dell'atto avrebbe rappresentato una soluzione meno invasiva rispetto alla sanzione penale, sortito una maggiore efficacia dissuasiva e aiutato il legislatore a raggiungere molto più agevolmente il suo scopo: la coppia di committenti è mossa primariamente da un desiderio di genitorialità. La decisione di recarsi nel Paese straniero non ha certo come fine ultimo quello di realizzare la surrogazione di maternità in sé, quanto piuttosto quello di poter beneficiare degli effetti della trascrizione nei registri nazionali di un atto di nascita che li riconosce come genitori del bambino; se così è, vanificare tali

---

<sup>41</sup> Si tratta dell'obbligo sancito dall'art. 18 d.P.R. 396/2000, che impone la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, purché sia conforme alla *lex loci* e non contrasti con l'ordine pubblico.

effetti, vietando la trascrizione, disincentiverebbe evidentemente molto di più gli aspiranti genitori a fare ricorso alla surrogazione all'estero.

Nell'ottica di una valutazione generale, si può concludere che la necessità del requisito della doppia incriminazione fatica a rinvenirsi aprioristicamente, sulla scorta dei principi generali dell'ordinamento. Ciononostante, la sua presenza appare l'opzione maggiormente preferibile, quantomeno nelle ipotesi di turismo procreativo, coerentemente a quanto emerso dal vaglio di proporzionalità.

#### **4.2 Astratta applicabilità dell'art. 12 comma 6 ai fatti commessi oltre confine: reato ad applicazione nazionale o extraterritoriale?**

Le condizioni previste all'art. 9 c.p. segnano le possibilità concrete entro le quali è legittimamente possibile per lo Stato estendere la pretesa punitiva oltre i propri confini. L'accertato soddisfacimento di tali condizioni, tuttavia, non permette automaticamente di decretare l'estensione della giurisdizione. A tal fine è ulteriormente necessario che la fattispecie sia astrattamente e concretamente applicabile ai fatti realizzati oltre confine. In altri termini, si tratta di valutare la suscettibilità della norma incriminatrice ad essere astrattamente integrata in un Paese straniero e, in caso positivo, l'eventualità di una concreta offesa al bene giuridico tutelato dalla surrogazione di maternità nell'ipotesi in cui questa sia realizzata all'estero.

Muovendo dal primo aspetto, per valutare se la fattispecie di surrogazione sia ad applicazione extraterritoriale ovvero esclusivamente nazionale pare più opportuno valorizzare il criterio strutturale<sup>42</sup> piuttosto che quello teleologico<sup>43</sup>. Quest'ultimo, infatti, facendo dipendere l'eventuale applicazione extraterritoriale della fattispecie dal bene giuridico tutelato, restituisce due ordini di problemi.

Il primo legato alla difficoltà di individuare in modo netto l'interesse protetto dalla surrogazione di maternità; il secondo relativo alla stessa validità del bene giuridico quale indice per valutare l'astratta applicabilità di una fattispecie. Oltre a poter essere oggetto di diverse interpretazioni in ambito dottrinale, il bene giuridico si risolve, sostanzialmente, nell'esito di valutazioni discrezionali dei giudici; dunque, non può tacersi una certa carica di precomprendere che, inevitabilmente (forse anche fisiologicamente) porta con sé l'operazione di individuazione dell'interesse tutelato dalle norme penali.

<sup>42</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *Le frontiere e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, Giuffrè Editore, 2006, p. 254 ss.; G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Torino, Giuffrè Editore, 2013, p. 231 ss.

<sup>43</sup> Sul punto cfr. D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2009, p. 587 ss; Id., *Delitti commessi all'estero e validità estraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *AnnUniFe-NS*, vol. III, Ferrara, 1999, pp. 136-137.

Il criterio strutturale, invece, fondandosi sul tenore letterale della norma incriminatrice, permette di verificare se esistano elementi oggettivi che ostino all'applicazione extraterritoriale del reato. In questo senso, il vaglio deve dedicarsi all'individuazione di formulazioni che impediscano esplicitamente l'estensione dell'applicabilità della norma ovvero di elementi normativi per il cui contenuto è necessario riferirsi a fonti dello Stato, efficaci solo entro i confini dello stesso.

Orbene, leggendo il disposto dell'art. 12 comma 6 L. 40 non emergono esplicite limitazioni territoriali di applicabilità della norma né elementi normativi integrabili con fonti squisitamente interne.

Al più, dubbi potrebbero sorgere esclusivamente con riferimento all'utilizzo da parte del legislatore del termine "maternità"<sup>44</sup>. Ma, vista la già menzionata inopportunità di riferire il concetto ad un'unica accezione, pare verosimile ritenere che il legislatore non abbia inteso dotare di significato tecnico il termine maternità; piuttosto, questa pare doversi identificare al netto di parametri normativi e scientifici (biologici e genetici) e, quindi, in senso pregiuridico e collettivo, in colei che sul piano sociale nonché affettivo ricopra il ruolo materno. In quest'ottica, la surrogazione di maternità si traduce in una dissociazione fattuale della figura materna, configurabile in qualsiasi luogo poiché prescinde dalla qualificazione normativa che a tale dissociazione è attribuita da un determinato ordinamento.

Diretta conseguenza di ciò è l'assenza, nell'art. 12 comma 6, di elementi strutturali che ne circoscrivano l'applicazione spaziale entro i confini nazionali e, dunque, l'inquadramento del reato nella categoria delle fattispecie ad applicazione extraterritoriale.

Si tratta ora di passare al differente e successivo livello di analisi che, come si accennava, implica di verificare l'eventualità di una concreta offesa al bene giuridico tutelato dalla fattispecie di surrogazione di maternità nell'ipotesi in cui questa sia realizzata all'estero.

In questa fase, dunque, il bene giuridico sotteso al delitto di surrogazione acquisisce di nuovo un ruolo dirimente e, con esso, anche le diverse interpretazioni che se ne possono dare.

Dunque, tornando alla ricostruzione della fattispecie che individua il bene protetto nella dignità della gestante, si deve ammettere che, in questa prospettiva, difficilmente potrà negarsi la carica offensiva alla condotta di surrogazione commessa all'estero. Muovendo dall'assunto per cui la perseguitabilità della surrogazione di maternità è fondata sulla necessaria tutela della dignità della reclutata gestante, considerata comunque e aprioristicamente lesa dalla commissione del fatto tipico, si finisce per blindare qualsiasi giudizio di offensività della condotta, insensibile al mutamento del *locus commissi delicti*.

---

<sup>44</sup> Sulle possibili accezioni del termine "maternità" e sul collegamento con il concetto di surrogazione nell'ambito del reato di cui all'art. 12 comma 6 L. 40 si veda supra, nota 14.

D'altro canto, non può dirsi che una siffatta impostazione sia esente da critiche. A ben guardare, torna attuale la considerazione per cui la concezione di dignità che viene confezionata per il tramite delle precipitate argomentazioni finisce con l'assumere un carattere sostanzialmente universale ed eteroimposto. Non si tratterebbe, cioè, di vagliare caso per caso se, per circostanze dell'accordo o dell'esecuzione, la realizzazione del fenomeno surrogatorio abbia realmente attentato la dignità della gestante, rendendola mero strumento al cospetto di interessi di terzi; si tratterebbe, invece, di considerare la disponibilità delle funzioni riproduttive delle donne censurata *ab origine* e in ogni caso. È il legislatore, in definitiva, a determinare cosa sia degno e cosa non lo sia nel rapporto tra feto e gestante, e ciò a prescindere da ogni circostanza di fatto.

Appare complesso giustificare una tale accezione della dignità.

Ad ogni modo, fintanto che la dignità della donna reclutata per finalità surrogatorie, interpretata in senso oggettivo, sia considerata il bene da proteggere tramite la perseguitabilità penale, la carica offensiva della condotta tipica commessa oltre confine sussisterà indiscutibilmente, suggellando la possibilità dello Stato di estendere la propria giurisdizione, applicando anche nei casi di turismo procreativo l'art. 12 comma 6 della L. 40.

La trattazione sul punto, però, non può arrestarsi a questo stadio; volendo evitare di adagiarsi sulle conclusioni rassegnate con gli arresti giurisprudenziali prevalenti ed, anzi, guardandoli con un occhio maggiormente critico, l'attenzione deve rivolgersi all'interpretazione della fattispecie che qui si ritiene maggiormente coerente sul piano sistematico e rispondente ai principi del dettato costituzionale.

L'attenzione deve tornare, cioè, a quanto si è detto circa lo *status giuridico* del minore.

Se la surrogazione di maternità si considera posta a protezione della corretta determinazione dello stato civile del minore per come vorrebbero le direttive civilistiche nazionali, la condotta tipica realizzata oltre confine non potrà ritenersi pregiudizievole: le norme civilistiche sono parametri puramente domestici, applicabili, cioè, solo all'interno dei confini nazionali.

La difficile decifrabilità del bene giuridico tutelato dal reato, ancora una volta, apre il panorama a possibili soluzioni diametralmente opposte. L'offensività in concreto della condotta tipica commessa oltre confine persiste o meno a seconda dell'interpretazione che si attribuisce alla *ratio* della fattispecie; e ancora, in base a quest'ultima, si conclude ora per la legittima possibilità di perseguire penalmente la surrogazione di maternità realizzata all'estero, ora per la negazione di tale possibilità.

Ma il vero punto di caduta sta nel fatto che la perseveranza delle Corti e del legislatore nel sostenere che la tutela sottesa al reato in questione sia quella della dignità, in una accezione oggettiva, preclude qualsiasi altra considerazione in chiave critica. Così, il legislatore rimane pericolosamente libero di prendere scelte di incriminazione in ambiti eticamente sensibili operando con un ampio

margine di discrezionalità e le Corti, al contempo, sembrano continuare a legittimare l'ampiezza di tale apprezzamento<sup>45</sup>.

Sebbene non possa tacersi la difficoltà dell'intervento legislativo, e più in generale del diritto, nelle scelte normative che fisiologicamente invadono il campo dell'etica e della morale degli individui, ciò che, almeno in astratto, dovrebbe assolutamente evitarsi è compierle abbracciando l'una o l'altra posizione; invero, così facendo, si finisce con l'imporre una visione soggettiva comune ad alcuni, fosse anche ai più, su tutti gli altri, legittimando l'utilizzo del diritto penale quale strumento repressivo delle condotte non coerenti con una certa visione e concezione della morale e dell'etica.

Allora, la norma, e in questo caso la norma penale, dovrebbe essere più correttamente il risultato di valutazioni che mirino a restituire un equilibrio tra le diverse concezioni diffuse in una data società e che cerchino di fornire una regolamentazione idonea ad includere ogni punto di vista condivisibile restando, rispetto a questi, quanto più possibile neutrale.

Tuttavia, in definitiva, non si può che assumere un atteggiamento di lucida (e forse rassegnata) consapevolezza rispetto alla ipervalorizzazione, legislativa e giurisdizionale, della dignità individuale quale operazione argomentativa incontrovertibilmente idonea a precludere (volutamente?) ogni critica all'opportunità di estendere l'applicazione dell'art. 12 comma 6 L. 40 anche ai fatti commessi all'estero.

#### **4.3 Il panorama normativo attuale: l'approvazione della c.d. Legge Varchi**

È stato, forse, proprio il caos normativo prima e interpretativo poi, con riferimento alla possibile punibilità della surrogazione transnazionale, a rappresentare uno stimolo per il legislatore attuale ad approvare la c.d. "Legge Varchi", alla luce della quale le considerazioni precedentemente formulate devono ora essere ridimensionate.

Il 26 luglio 2023 la Camera approvava il testo proposto dalla II Commissione Giustizia.

La proposta di legge avanzata dalla Camera, contrassegnata dal numero AC 887, è la stessa che il Senato, il 16 ottobre 2024, ha definitivamente approvato.

La nuova legge di modifica dell'art. 12 comma 6 L. 40 è stata promulgata e pubblicata in Gazzetta ufficiale. Entrata in vigore il 3 dicembre 2024, la L. 4 novembre 2024, n. 169, consta di un solo articolo che recita quanto segue: *al comma 6 dell'art. 12 della legge 19 febbraio 2004 n. 40 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla*

---

<sup>45</sup> In tal senso si è pronunciata esplicitamente Corte cost., sentenza 23 ottobre 2019, n. 221; più in generale, in conformità a tale orientamento e specificamente sulla L. 40 si vedano Corte cost., sentenza 13 aprile 2016, n. 84 e Corte cost., sentenza 9 marzo 2021, n. 33.

*surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».*

Nonostante i *media* parlino dell'introduzione di un reato universale, ciò che il Parlamento ha in realtà approvato è una clausola speciale di giurisdizione, che permette l'applicabilità estesa della legge italiana (precisamente del reato di surrogazione di maternità) prescindendo dagli ordinari requisiti a tal fine richiesti e sanciti all'art. 9 c.p.

Del resto, si tratta di rendere incondizionato ciò che prima non lo era e forse proprio perché, dal 2004 ad oggi, i requisiti cui era subordinata la punibilità della surrogazione di maternità transnazionale non si erano praticamente mai avverati<sup>46</sup>.

A questo punto, la neo introdotta clausola speciale di giurisdizione attiva incondizionata necessita di esser considerata dal punto di vista della sua compatibilità con l'ordinamento interno.

A tal proposito conviene premettere che l'introduzione di una clausola di giurisdizione attiva, di per sé, non rappresenta certo una scelta negativa. Anzi, disposizioni come quella dell'art. 9 c.p., che estendono la pretesa punitiva oltreconfine al sussistere di precise condizioni e in presenza di collegamenti rilevanti, del fatto o dell'autore, con il territorio nazionale, rappresentano senz'altro una legittima opzione fondata sul diritto, e insieme sul dovere, dello Stato di tutelare l'interesse pubblico e la sicurezza di tutti i cittadini. A ben vedere, si tratterebbe della traduzione sul piano pratico del principio di uguaglianza sancito all'art. 3 Cost.: garantendo parità di trattamento indipendentemente dal luogo in cui il fatto è stato consumato l'ordinamento assicura e tutela l'ordine pubblico nazionale e, indirettamente, la coesione sociale.

D'altro canto, norme che, come l'art. 9 c.p., espressamente prevedono l'estensione della giurisdizione al sussistere di determinate condizioni, assicurano anche il rispetto della riserva di legge penale sancita all'art. 25 co. 2 Cost., statuendo i limiti entro i quali lo Stato ha diritto e dovere di esercitare la propria giurisdizione.

Insomma, ciò che si sta cercando di sottolineare è che, di per sé, il vaglio di compatibilità, che poi è evidentemente il vaglio di costituzionalità, delle norme che prevedono l'estensione della giurisdizione nazionale e, in particolare, dell'art. 9 c.p., ha senz'altro esito positivo.

Il vero aspetto cruciale risiede nei reati resi oggetto dell'estensione di punibilità, e ciò soprattutto quando la pretesa punitiva oltreconfine è sganciata da qualsivoglia condizione ostativa.

---

<sup>46</sup> Si rammenta che è uno ed unico il caso in cui il Ministro ha effettivamente avanzato la richiesta specifica finalizzata all'estensione della giurisdizione: si tratta del già citato caso deciso da Cass. pen., sentenza 5 aprile 2016, n. 13525.

Nel caso della Legge Varchi, dunque, trattare del vaglio di compatibilità con l'ordinamento significa chiedersi: è legittima la scelta legislativa di estendere incondizionatamente la pretesa punitiva statale per la surrogazione di maternità transnazionale?

Una siffatta chiave di lettura finisce, dunque, con il concentrare il giudizio di costituzionalità della legge di nuovo conio in quello dell'incriminazione in sé considerata. Di fatti, la clausola di giurisdizione, secondo questa impostazione, non può essere considerata singolarmente, disarcionata dal reato di cui estende la punibilità poiché ne diventa, inevitabilmente, parte integrante, contribuendo a tracciare l'area del penalmente rilevante<sup>47</sup>.

Alla luce di ciò, il ragionamento dovrebbe primariamente concentrarsi sulla eventuale configurabilità della surrogazione di maternità all'estero e, in secondo luogo, sulla punibilità incondizionata di tale specifico reato.

Riguardo la prima questione è sicuramente possibile richiamarsi a quanto evidenziato nei paragrafi precedenti con riferimento alla possibile estensione della punibilità per la surrogazione di maternità transnazionale. A tal proposito si rimembra che sul piano strutturale nulla osta alla possibilità di estendere il reato anche a condotte consumate fuori confine: né espresse previsioni legislative né la presenza di elementi normativi della fattispecie che radichino, perché integrabili con le sole fonti interne, nel territorio italiano il perfezionamento degli elementi oggettivi tipici. Al contempo, sul piano dell'offensività in concreto, si è detto dell'orientamento ormai consolidato in giurisprudenza che, individuando il bene giuridico nella dignità della gestante, impedisce di considerare la condotta tipica idonea ad arrecare pregiudizi solo all'interno dei confini dello Stato.

A questo punto occorre procedere con la seconda questione, quella, cioè, relativa alla possibilità che l'estensione della punibilità prescinda da qualsiasi tipo di condizione.

Questo secondo profilo desta senz'altro maggiori perplessità: la giurisdizione incondizionata rischia di entrare in profonda frizione con il principio di proporzionalità, in particolare inteso in senso stretto<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, cit., pp. 6-7. Si veda anche D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, cit. p. 580 ove, muovendo dall'esigenza di considerare la clausola di giurisdizione attiva quale parte integrante del preceppo, si riferisce agli interventi legislativi che estendendo oltre confine la pretesa punitiva dello Stato qualificandoli come "criminalizzazioni secondarie" e anche "criminalizzazioni di secondo grado".

<sup>48</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.* 1998, p. 353; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pub. comun.*, 2019, p. 909; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 141 ss.; con specifico

Nel vaglio di stretta proporzionalità ad avere rilievo sono i diritti fondamentali sui quali incide lo strumento legislativo punitivo. In tal senso, la mancata adeguatezza o, meglio ancora, l'eccessiva ingerenza dell'incriminazione nel diritto fondamentale sotteso alla norma di condotta potrebbe far concludere per una necessaria desistenza legislativa nel perseguire l'obiettivo di tutela prefissato.

Si tratta di un sindacato che implica la considerazione non solo degli interessi coinvolti, e dell'importanza costituzionale di questi, ma anche la valutazione dell'eventualità di raggiungimento del fine prefissato rispetto al grado di compressione dei diritti sottesi alla norma di condotta<sup>49</sup>. Nell'operare il vaglio di stretta proporzionalità, il giudice approda all'ultimo e più profondo stadio di valutazione, che deve considerarsi irrinunciabile proprio per la sua idoneità a garantire soluzioni ispirate alla giustizia sostanziale<sup>50</sup>.

Declinando quanto detto rispetto al caso della legge Varchi, si deve premettere che lo scopo legislativo dell'estensione della giurisdizione risiede nell'intenzione di apprestare tutela a quei beni giuridici che, secondo l'orientamento dominante (e secondo quanto professato dall'attuale Governo), sono sottesi al reato di surrogazione di maternità: la dignità della gestante e del nato. A tal proposito, può essere interessante notare che si tratta di un'istanza di tutela nei confronti di soggetti che non necessariamente presentano collegamenti con il territorio italiano. La gestante, nel fenomeno surrogatorio, è una donna reclutata nel Paese straniero, mentre il nato non necessariamente sarà registrato nell'anagrafica italiana e, comunque, quand'anche ciò avvenisse si tratterebbe di un fatto successivo, dunque esterno, al fatto tipico del reato di surrogazione. Al netto di ciò, nel vaglio di stretta proporzionalità non si può escludere la rilevanza di alcune circostanze del fatto di reato che incidono direttamente sulla eventuale lesione dei beni giuridici coinvolti. In tal senso, non può trascurarsi che la pratica del turismo procreativo è realizzata in Paesi che prevedono un'apposita regolamentazione della surrogazione di maternità. Ciò implica che la *lex loci* potrebbe essere astrattamente in grado di garantire che l'esecuzione del fenomeno surrogatorio avvenga sotto la tutela del sistema sanitario locale, con i dovuti accertamenti circa l'assenza di condizionamenti esterni nel

---

riferimento alla proporzionalità in senso stretto della punibilità incondizionata della surrogazione di maternità transazionale si veda V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, cit., p. 35 ss.

<sup>49</sup> Sul punto si veda N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., p. 175 ove l'autore sostiene che in sede giudizio di proporzionalità in senso stretto si debbano considerare anche "i costi – economici e sociali, diretti e indiretti – diversi da quelli legati al diritto fondamentale del singolo".

<sup>50</sup> Sul tema della proporzionalità come "giustizia" cfr. Gian. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 206 ss.

consenso fornito dalla reclutata gestante e garantendo la correttezza della determinazione dello *status civile* del nato. In quest'ottica, le lesioni arrecate alla dignità della donna e del minore dovrebbero quanto meno ridimensionarsi e, in ogni caso, finirebbero per essere di gran lunga inferiori a quelle cagionate dalla realizzazione clandestina della pratica in un territorio che non ne fornisca regolamentazione ovvero la punisca, lasciando senza reali tutele entrambi i soggetti.

Chiaro è che la reale efficienza della regolamentazione straniera, ai fini della tutela dei soggetti deboli coinvolti, dovrebbe essere valutata caso per caso; tuttavia, si tratta di un elemento oggettivo (la regolamentazione positiva della pratica surrogatoria nel Paese straniero) che, anche se non presente nell'ordinamento nazionale, non può essere privato di una certa rilevanza nel giudizio di stretta proporzionalità con riferimento al disvalore del fatto e, quindi, all'opportunità della finalità legislativa rispetto alla compressione di altri diritti. In questo senso, infatti, la pretesa punitiva incondizionata finisce col rivelarsi eccessiva, nel senso di non necessaria, nella misura in cui si rapporti all'inevitabile adeguamento del pregiudizio alla dignità della gestante e del minore, reso necessario dalla presenza di una regolamentazione in un Paese che, oltre ad essere liberale, potrebbe essere, sul punto, anche garantista<sup>51</sup> (termine qui inteso non solo nella consueta accezione tecnico-penalistica di tutela dell'accusato, ma anche nel senso più ampio di tutela verso tutti i soggetti deboli coinvolti nella pratica surrogatoria).

Non bastasse quanto sinora considerato, si ponga l'attenzione su un ulteriore aspetto. L'introduzione della clausola di giurisdizione incondizionata, impedendo alle coppie di realizzare la maternità surrogata anche all'estero, ha aggiunto una limitazione ulteriore al loro diritto alla salute e al loro diritto alla procreazione<sup>52</sup>.

Infatti, è innegabile che per i committenti la preclusione all'accesso al servizio sanitario in un territorio estero, che invece permetterebbe loro di realizzare la pratica di surrogazione di maternità, si traduce in una limitazione aggiuntiva rispetto al divieto nazionale.

---

<sup>51</sup> Così, V. TIGANO, *Giurisdizione penale extraterritoriale e surrogazione di maternità: criticità dell'adozione incondizionata del criterio di personalità attiva nella legge "Varchi"*, cit., p. 38.

<sup>52</sup> Si tratta di due ambiti di tutela di incontrovertibile rilevanza costituzionale considerando che la Consulta si è espressamente pronunciata in tal senso; a tal proposito si veda la sentenza costituzionale n. 162/2014, con cui il divieto di fecondazione eterologa venne dichiarato incostituzionale. Tali diritti, con riferimento alla maternità surrogata, devono ritenersi sussistenti e tutelabili nelle ipotesi in cui a ricorrervi sia una coppia di committenti in cui la donna sia affetta da una patologia che non le rende possibile iniziare o portare a termine la gestazione e l'uomo sia geneticamente legato al nato.

Non meno pregnante appare, infine, il pregiudizievole coinvolgimento del minore causato dalla pretesa punitiva statale e incondizionata nei confronti dei genitori.

Di fatti, il nato da surrogazione di maternità finirebbe per subire egli stesso lo stigma dell'eventuale processo penale instaurato contro i genitori, con verosimili ricadute sul suo benessere psico-fisico; anche perché, è innegabile, casi di tal genere avrebbero un'emblematica risonanza mediatica che ancor di più renderebbe il minore protagonista di dibattiti pubblici sulla sua vita privata. Né può valere, per attribuire minor rilevanza a tale conseguenza, l'argomento dell'analogia con tutti i casi in cui vi sono minori i cui genitori siano sottoposti a procedimenti penali che divengono mediatici; nel caso di specie, infatti, è proprio la legge a causare il coinvolgimento del bambino, la cui nascita è posta quale elemento fondamentale di un reato.

Volendo a questo punto trarre delle conclusioni, deve ritenersi che, in punto di stretta proporzionalità, la legge Varchi rappresenta, più che uno strumento di tutela, la traduzione di uno sbilanciamento tra gli interessi coinvolti. Di più: è proprio la proclamata tutela della dignità della gestante e del nato che tradisce la ragionevolezza della clausola di giurisdizione incondizionata e rivela, al contempo, altri e diversi intenti di fondo; con ciò, si badi, non si vuole entrare nel merito di quest'ultimi, che potrebbero essere condivisibili e preferibili oppure no (valutazione che si abbandona alla libera opinione di ognuno), ma che, certamente, non possono stimolare interventi legislativi mascherati da ragioni puramente apparenti che, inevitabilmente, finiscono col minare i principi dell'ordinamento e del diritto penale.

## **5. Osservazioni sulla surrogazione di maternità in ottica comparatistica: modelli legali e regolamentazioni a confronto.**

Si sposti, ora, l'attenzione sulle regolamentazioni di Paesi diversi da quello italiano, così da poter, in chiave informativo e riformistica, confrontare modelli normativi di ordinamenti che, con riferimento alla maternità surrogata, hanno optato per discipline meno rigorose e restrittive.

### **5.1 Un modello normativo proibizionista: il sistema tedesco.**

Anche il sistema tedesco proibisce senza deroghe la pratica surrogatoria ma, a differenza dell'ordinamento italiano, opta per un uso più cauto del diritto penale, limitato alle sole condotte ancillari a quelle dei soggetti direttamente coinvolti.

I riferimenti sul punto devono correre al *Embryonenschutzgesetz (ESchG)*, la legge sulla protezione degli embrioni del 13 dicembre 1990, e al *Adoptionsvermittlungsgesetz (Ad-VermiG)*, la legge sull'intermediazione nell'ambito dell'adozione del 2 luglio 1976, ove sono contenute norme di carattere definitorio e norme incriminatrici di talune condotte connesse alla realizzazione della surrogazione di maternità.

Muovendo dal § 1, comma 1, n. 7<sup>53</sup> dell'*ESchG*, questo prevede una fattispecie incriminatrice volta a punire chiunque si impegni ad effettuare, su una donna disposta a cedere in modo permanente il suo bambino a terzi (madre surrogata), una fecondazione artificiale o si impegni a trasferirle un embrione umano. Le sanzioni previste per questa condotta sono la reclusione fino a tre anni o la multa.

La condotta tipica descritta, nonostante l'utilizzo del termine "chiunque", è verosimilmente riferibile all'apporto fornito dal medico, rappresentato dall'attuazione delle pratiche di PMA.

Dal tenore letterale della norma, poi, si ricava la centralità dell'elemento volitivo della reclutata gestante. In questa prospettiva, solo il medico che, al momento dell'applicazione delle tecniche di PMA, conoscesse l'intenzione della donna che vi si sottoponeva, potrà essere punibile in concreto. Ove non fosse raggiunta la prova (assai complessa, non può negarsi) di tale conoscenza in capo al medico, quest'ultimo non potrebbe considerarsi perseguitabile, poiché manca una previsione di punibilità anche a titolo di colpa.

Ancora, la fattispecie, riferendosi solo all'intenzione della surrogata, rende irrilevante l'effettiva conclusione di un accordo surrogatorio, così come pure l'individuazione dei soggetti cui consegnare definitivamente il nato: la configurabilità del reato, dunque, prescinde da entrambe le circostanze.

Il medesimo § 1, al comma 3, n. 2<sup>54</sup>, esclude la responsabilità penale della madre surrogata e dei soggetti intenzionati ad accogliere il bambino in modo definitivo dopo il parto. Si tratta di una clausola di non punibilità rivolta a soggetti che, avendo intenzionalmente contribuito alla realizzazione del fatto tipico, sarebbero passibili di quella responsabilità ascrivibile allo schema del concorso morale o materiale nel reato, come prescritto dai §§ 26 ss *Strafgesetzbuch (StGB)*, il Codice penale tedesco.

L'esclusione della punibilità dei soggetti direttamente coinvolti apre a diverse considerazioni sul bene giuridico protetto dalla fattispecie, che viene ad individuarsi nel benessere psico-fisico del minore, quindi protetto dalla stigmatizzazione causata dall'eventuale instaurazione di un procedimento penale a carico dei genitori a seguito della sua nascita<sup>55</sup>; ancor prima, la fattispecie è volta a garantire l'unitarietà della figura materna del nato, che

<sup>53</sup> Letteralmente: "*Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer [...] es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen*".

<sup>54</sup> Letteralmente: "*Nicht bestraft werden [...] in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 7 die Ersatzmutter sowie die Person, die das Kind auf Dauer bei sich aufnehmen will*".

<sup>55</sup> Per un approfondimento sul bene giuridico protetto dalla fattispecie si veda V. TIGANO, *La surrogazione di maternità in prospettiva comparata*, in *GenIUS*, 1° febbraio 2024, p. 9 ss e nota n. 21.

potrebbe altrimenti essere pregiudicato nel suo diritto all'identità personale, scalfito dallo sdoppiamento della maternità<sup>56</sup>.

D'altro canto, resta plausibile l'idea che, la volontà legislativa che ha stimolato l'introduzione della clausola di non punibilità fosse diretta anche ad una protezione di soggetti che, seppur concorrenti della pratica illecita, inevitabilmente ne patiscono il coinvolgimento emotivo, trattandosi pur sempre di un fenomeno intimamente legato a scelte esistenziali, quali sono quelle in ambito procreativo. Quanto alla reclutata gestante, la mancata punibilità potrebbe trovare giustificazione nella sproporzione della sanzione penale rispetto all'agito della donna, che resta pur sempre espressione della sua autodeterminazione e che potrebbe verosimilmente essere connotato da un sentimento altruistico.

Spostando l'attenzione su quanto previsto dall'*AdVermiG* è bene premettere che, a seguito della modifica normativa operata dalla L. 22 dicembre del 2001, in essa sono contenute definizioni e fattispecie incriminatrici di più ampia portata rispetto a quelle del precitato § 1 *ESchG*. Si tratta di norme che intendono perseguire quelle condotte astrattamente riconducibili alla mediazione e alla pubblicizzazione della surrogazione di maternità.

Il § 13-a *AdVermiG* reca la definizione normativa di "madre surrogata" e funge da parametro integrativo delle fattispecie previste nella medesima legge. Dunque, madre surrogata è colei che, sulla base di un accordo, è disposta a sottoporsi a fecondazione artificiale o naturale (n.1) oppure a far impiantare nel suo utero un embrione non geneticamente legato a lei o comunque a portare a termine la gravidanza e cedere, dopo il parto, il bambino a terzi per l'adozione o per un'accoglienza permanente (n. 2)<sup>57</sup>.

Il successivo § 13-c letteralmente sancisce il divieto della mediazione per la maternità surrogata. La condotta tipica, normativamente definitiva ai sensi del § 13-b<sup>58</sup>, consiste nel mettere in contatto persone che desiderino adottare o accogliere permanentemente un bambino nato da madre surrogata (genitori committenti) con una donna che è disposta ad assumere quest'ultimo ruolo.

<sup>56</sup> In questo senso opina A.L. LETTIERI, *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, in *Rivista dell'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, III, 2021, p. 167 ss.

<sup>57</sup> Letteralmente: "Ersatzmutter ist eine Frau, die auf Grund einer Vereinbarung bereit ist, 1. sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung zu unterziehen oder

2. einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen und das Kind nach der Geburt Dritten zur Adoption oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen".

<sup>58</sup> Letteralmente: "Ersatzmuttervermittlung ist das Zusammenführen von Personen, die das aus einer Ersatzmutterchaft entstandene Kind annehmen oder in sonstiger Weise auf Dauer bei sich aufnehmen wollen (Bestelleltern), mit einer Frau, die zur Übernahme einer Ersatzmutterchaft bereit ist. Ersatzmuttervermittlung ist auch der Nachweis der Gelegenheit zu einer in § 13a bezeichneten Vereinbarung".

Ai sensi del § 14-b comma 1<sup>59</sup>, la mediazione di surrogazione è punita con la reclusione fino a un anno o con la multa, salvo l'applicazione delle aggravanti previste al comma 2. Il legislatore tedesco ha, infatti, previsto un aumento di pena corrispondente al maggior disvalore del fatto che il carattere lucrativo dello scopo dell'agente attribuisce alla condotta tipica di mediazione.

In particolare, la pena aumenta fino a due anni di reclusione se il soggetto agente riceve o si fa promettere un vantaggio patrimoniale quale corrispettivo per la mediazione e arriva fino a tre anni laddove l'autore del reato agisca in modo professionale o per scopo di lucro, ovverosia con modalità e finalità imprenditoriali o commerciali<sup>60</sup>.

A fronte di tale regolamentazione si può considerare che la fattispecie di mediazione aggiunge al sistema la tutela giuridica dei committenti e della gestante da eventuali sfruttamenti da parte i terzi e a scopo di lucro. A conforto di ciò si pone il § 14-b che, nel suo comma 3<sup>61</sup>, prevede (anche in questo caso) una clausola di non punibilità a favore dei soggetti direttamente coinvolti; in effetti, non diversamente da quanto osservato per il § 1 ESchG, i committenti e la madre surrogata ben potrebbero aver contribuito alla realizzazione della mediazione illecita, rendendosi così responsabili per il reato a titolo di concorso (si pensi al reclutamento del mediatore da parte di uno di questi soggetti); tuttavia, l'ordinamento tedesco opta per un'esenzione dalla punibilità, oltreché per tutelare il minore dallo stigma del procedimento penale a carico dei genitori, anche per evitare di infierire su persone emotivamente coinvolte nella pratica surrogatoria e già rese bersaglio di condotte di sfruttamento a scopo lucrativo da parte del mediatore.

Da ultimo, la condotta di pubblicizzazione è vietata ai sensi del § 13-d e consiste nel diffondere la ricerca di una madre surrogata ovvero la disponibilità di una donna a ricoprire tale ruolo, in particolare attraverso annunci o articoli di giornale<sup>62</sup>.

A differenza delle precedenti fattispecie, quella di pubblicizzazione è resa oggetto di sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinque mila euro ai sensi del § 14 commi 1 e 3; a marcare la differenza con le fattispecie di surrogazione e mediazione si aggiunge, poi, anche l'assenza di una clausola di non punibilità

<sup>59</sup> Letteralmente: "Wer entgegen § 13-c Ersatzmuttervermittlung betreibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft".

<sup>60</sup> Letteralmente: "Wer für eine Ersatzmuttervermittlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Handelt der Täter gewerbs- oder geschäftsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe".

<sup>61</sup> Letteralmente: "In den Fällen der Absätze 1 und 2 werden die Ersatzmutter und die Bestelleltern nicht bestraft".

<sup>62</sup> Letteralmente: "Es ist untersagt, Ersatzmütter oder Bestelleltern durch öffentliche Erklärungen, insbesondere durch Zeitungsanzeigen oder Zeitungsberichte, zu suchen oder anzubieten".

a favore dei soggetti direttamente coinvolti che, nel silenzio legislativo, debbono considerarsi potenziali destinatari della norma. Del resto, il legislatore tedesco ove ha inteso escludere la punibilità dei diretti interessati lo ha fatto prevedendo, a tal fine, una clausola espressa.

Sul punto, ancora, si può osservare come l'opzione di rendere i soggetti direttamente coinvolti passibili di sanzione amministrativa in parte stoni con le scelte incriminatrici compiute in tema di realizzazione del fenomeno surrogatorio. Infatti, se il legislatore ha ritenuto di escludere la punibilità dei committenti e della gestante nelle, più gravi, ipotesi delittuose, diviene di difficile comprensione l'opposta soluzione di ritenerli potenziali destinatari di una sanzione amministrativa, che per sua natura segue un fatto caratterizzato da un disvalore minore.

Nonostante il carattere assoluto del divieto di surrogazione è possibile scovare all'interno del Codice civile tedesco, *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, degli strumenti, o se si preferisce, dei rimedi che i committenti potrebbero di fatto utilizzare al fine di assicurarsi lo *status* di genitori del nato da madre surrogata. In particolare, ai sensi del § 1591 *BGB*, madre legale del bambino è colei che lo ha partorito; ai sensi del § 1592 *BGB*, il padre è l'uomo che risulta essere marito della donna che ha partorito il bambino o che lo abbia legalmente riconosciuto, ovvero colui la cui paternità sia stata oggetto di accertamento da parte di un tribunale<sup>63</sup>. Se fin qui l'impianto normativo non consente di dare spazio all'attribuzione di genitorialità ai committenti la maternità surrogata, è possibile che, laddove l'uomo sia geneticamente legato al nato ed ottenga, per ciò, la paternità, la madre surrogata rinunci a riconoscere il figlio fornendo così il consenso necessario per l'adozione di quest'ultimo, ai sensi del § 1751 *BGB*, da parte della donna committente (ove coniugata con il padre del nato): si tratta della pratica di adozione del figlio del coniuge, c.d. *Stiefkindadoption*. Tutto ciò, però, sarà possibile nella misura in cui venga dimostrato che l'adozione risponda all'interesse del minore, ex § 1741 *BGB*.

Con riguardo, invece, alla validità dei contratti di surrogazione di maternità, l'ordinamento tedesco li considera nulli per contrarietà all'ordine pubblico, trattandosi di una pratica di contrattazione della maternità offensiva per la dignità del minore e della gestante<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Il § 1591 recita "Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat"; Il § 1592 recita "Vater eines Kindes ist der Mann,

1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist,  
2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder  
3. dessen Vaterschaft nach § 1600d oder § 182 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist".

<sup>64</sup> Cfr. A.L. LETTIERI, *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., p. 169.

In ogni caso, è interessante notare come proprio l'istituto dell'adozione del figlio del coniuge possa essere valorizzato non solo per la surrogazione di maternità (illegalmente) realizzata nello Stato, ma anche nelle ipotesi di *turismo procreativo*.

Eppure, dinanzi alle richieste di riconoscimento dello *status filiationis* da parte dei committenti, a seguito di una pratica realizzata all'estero, i Giudici tedeschi hanno ritenuto che l'adozione non fosse la soluzione maggiormente rispondente all'interesse del minore ed hanno, così, pronunciato sentenze che si discostano molto da quelle italiane.

In particolare, il 20 dicembre 2014, il *Bundesgerichtshof* (Giudice di legittimità federale), si è pronunciato sulla richiesta di riconoscimento di un bambino nato da maternità surrogata in California, avanzata dai due genitori committenti. Nel caso di specie si trattava di una coppia di due uomini conviventi di fatto.

La *Superior Court of the State of California* aveva emanato un provvedimento giudiziale che attestava la genitorialità dei due committenti sul nato da surrogazione di maternità, nonostante uno solo di essi fosse geneticamente legato al bambino. Tornata in Germania, la coppia si era vista negare il riconoscimento da parte delle autorità locali, che si rifiutarono di trascrivere l'atto di nascita per contrarietà all'ordine pubblico. Dunque, l'uomo geneticamente legato al minore procedette al riconoscimento in base alle norme dell'ordinamento tedesco, mentre per l'altro risultava più ostica la costituzione del legame genitoriale, essendo semplicemente il genitore di intenzione. È proprio su questo punto che la Corte tedesca si è pronunciata, adottando un approccio orientato alla valutazione e alla ricerca del migliore interesse per il minore. I Giudici affermarono che, nel caso di specie, la soluzione migliore per il benessere del nato doveva individuarsi nella crescita accompagnata dai genitori che lo avevano desiderato e che, di fatto, si erano assunti tutti gli oneri genitoriali sin dal momento della nascita. Del resto, sulla base dell'ordinamento tedesco si sarebbe dovuta considerare madre legale del bambino colei che aveva assunto il ruolo di madre surrogata: una donna americana, che secondo le leggi del suo Paese non era riconosciuta come madre e, peraltro, disinteressata rispetto all'assunzione dello *status genitoriale* del bambino che aveva partorito.

Stando così le cose, la Corte ritenne che il rifiuto del riconoscimento del rapporto di filiazione non avrebbe realizzato l'interesse del minore, né, e qui il punto, lo avrebbe fatto il ricorso all'istituto dell'adozione, che venne ritenuta non adatta alla specifica ipotesi di surrogazione di maternità, essendo quest'ultima il motivo stesso dell'esistenza del minore. Considerando, da ultimo, l'assenza di un corrispettivo ricevuto dalla gestante, e quindi il carattere solidaristico del suo atto, si concluse per l'assenza di pregiudizi per la dignità della donna, che liberamente e intenzionalmente aveva scelto, per fini altruistici, di sottoporsi alla pratica.

Per tutti questi motivi, la Corte sancì il riconoscimento del rapporto genitoriale di entrambi i committenti.

Diversamente accadde in un caso deciso il 20 marzo 2019<sup>65</sup>. A differenza della vicenda precedente, qui i genitori committenti avanzavano la richiesta di trascrizione di un atto di nascita formato in Ucraina, in assenza, quindi, di un provvedimento giurisdizionale che accertasse il miglior interesse del nato al riconoscimento del rapporto con i committenti, avendo valutato, dunque, l'idoneità genitoriale di quest'ultimi.

Di fatti, nel caso di specie, la Corte fece leva proprio sulla differenza di effetti prodotti da una sentenza pronunciata da un organo giurisdizionale, che evidentemente contiene un accertamento nel merito, e un provvedimento di un'autorità straniera che non fa altro che sincerarsi dell'esistenza delle oggettive condizioni previste dalla *lex loci* ai fini dell'attribuzione della genitorialità. A fronte di ciò, si ritenne necessario applicare la disciplina tedesca; dunque, il padre, geneticamente legato al nato, poté procedere al suo riconoscimento, mentre la madre venne individuata nella reclutata gestante.

L'unica strada percorribile dai committenti fu quella dell'adozione, attraverso l'instaurazione di un procedimento diverso, del figlio del coniuge.

In definitiva, ciò che emerge, pur a fronte di una normativa proibitiva, è un atteggiamento di presa in carico da parte dei giudici delle pratiche di maternità surrogata realizzate all'estero, cercando pur sempre di non tradire la disciplina nazionale ma comunque muovendosi nell'ottica della ricerca e della garanzia del miglior interesse del nato.

## 5.2 Un modello normativo permissivo: il sistema inglese

Il quadro normativo attualmente vigente nel Regno Unito restituisce un approccio permissivo e fondato su un sistema di autorizzazioni, con lo scopo di garantire un esercizio delle libertà civili quanto più tutelato possibile. L'attenzione dell'ordinamento si è concentrata sulla protezione sia del nascituro e del suo benessere sia dei soggetti direttamente coinvolti nelle pratiche, che si vuole evitare diventino oggetto di sfruttamento lucrativo ad opera di terzi. È in riferimento a quest'ultima eventualità, infatti, che si è limitato l'intervento del diritto penale.

La prima regolamentazione della maternità surrogata fu introdotta nel 1985, con il *Surrogacy Arrangements Act (SAA)*, e disciplinava in ottica permissiva e piuttosto generale gli accordi surrogatori.

La presa di coscienza dell'ampio ricorso a tali pratiche, e quindi la necessità che le stesse fossero regolamentate in modo da prevedere una tutela per i soggetti coinvolti e una regolamentazione degli effetti civili e penali, portò il legislatore ad adottare delle riforme in materia. La prima riforma risale al 1990, anno in cui

<sup>65</sup> Cfr. A.L. LETTIERI, *La maternità surrogata in Germania tra disapprovazione del legislatore e aperture della giurisprudenza*, cit., pag. 173.

venne introdotto lo *Human Fertilization and Embriology Act (HFEA)*, particolarmente incentrato sulle tecniche di PMA; una seconda riforma, che vide l'emanazione dello *Human Fertilization and Embriology Act (HFEA)*, fu adottata nel 2008 e permise un rilevante ampliamento della gamma delle libertà civili in ambito procreativo e non solo con riferimento alle tecniche procreative artificiali ma anche alla stessa maternità surrogata.

La *section 1(3)<sup>66</sup>* del SAA, sancisce che l'accordo intercorso tra le parti si considera un accordo di maternità surrogata se, in base ad esso, la donna che ne è parte assume il ruolo di madre surrogata. Madre surrogata, in base alla *section 1(2)<sup>67</sup>*, è colei che porta avanti una gestazione in esecuzione di un previo accordo finalizzato a consegnare definitivamente il bambino ad altre persone e a far assumere a queste la responsabilità genitoriale.

L'esplicazione dell'effetto civile dell'accordo surrogatorio, quindi l'attribuzione della genitorialità in capo ai committenti, è subordinata all'emanazione, da parte del giudice, di un provvedimento, il c.d. *parental order*. Si tratta di un provvedimento che consegue al positivo accertamento di una serie di condizioni sancite alle *section 54 ss.* dell'HEFA del 2008, tra queste spiccano: la necessità che a ricorrere sia una coppia formata da persone maggiorenni, coniugate, unite civilmente, conviventi di fatto o aventi una relazione familiare stabile, senza che sussistano legami di parentela che ostano alla genitorialità; la residenza nel Regno Unito di almeno uno dei committenti; il legame genetico tra il nascituro e almeno uno dei committenti; l'assenza di corrispettivi pattuiti a favore della madre surrogata. L'istanza per il *parental order* deve essere depositata dai committenti entro sei mesi dalla nascita del bambino; il giudice dovrà valutare, oltre alla sussistenza delle suddette condizioni, anche la presenza del consenso da parte della madre surrogata al rilascio del *parental order*, che dovrebbe risultare libero e consapevole considerando che si tratta del provvedimento con il quale la stessa rinuncia allo *status* genitoriale sul bambino che ha partorito. Proprio in virtù della delicatezza di tale decisione, il consenso può essere prestato solo dopo sei settimane dalla nascita del bambino.

Ebbene, ognuna delle condizioni sinora esposte rappresenta requisito necessario per la validità dell'accordo surrogatorio; ciò significa che la violazione di esse non configura reato, bensì impedisce la legittima attribuzione della

---

<sup>66</sup> Letteralmente: "An arrangement is a surrogacy arrangement if, were a woman to whom the arrangement relates to carry a child in pursuance of it, she would be a surrogate mother".

<sup>67</sup> Letteralmente: "Surrogate mother means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement

a) made before she began to carry the child, and

b) made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and parental responsibility being met (so far as practicable) by, another person or other persons".

genitorialità in capo ai committenti con la conseguente applicazione dei criteri normativi ordinari, sulla base dei quali la maternità dovrà essere attribuita alla madre surrogata.

A questo punto, proprio sul procedimento per il rilascio del *parental order*, possono essere svolte una serie di considerazioni. A riguardo, conviene partire da una premessa: l'accordo di surrogazione è considerato una "dichiarazione di intenzione" sulle modalità di esecuzione di quanto pattuito tra le parti e rappresenta al tempo stesso gli impegni che queste intendono assumere reciprocamente<sup>68</sup>. Tuttavia, si badi, si tratta di accordi non vincolanti<sup>69</sup>, con un contenuto fortemente caratterizzato dall'autonomia delle parti, sulla quale il giudice non potrà sindacare. Se così è, l'accertamento di quest'ultimo si limiterà alla presenza delle condizioni che la legge prescrive come necessarie, tra cui anche il consenso della madre surrogata, senza potersi spingere, però, nel merito dell'accordo con riferimento alle modalità con le quali il suddetto consenso è stato prestato e allo stato di consapevolezza della gestante a riguardo.

In questo senso, il consenso della donna si configura quasi come presupposto legale oggettivo, rispetto al quale il giudice opera un accertamento formale, non di merito; circostanza che può apparire discutibile considerando, da un lato, i rilevanti effetti che quel consenso produce sul piano della genitorialità e, dall'altro, la tendenza legislativa inglese, che si considera in via generale improntata all'esercizio di libertà civili in un contesto normativo protettivo e tutelante.

Per certi versi ancor più criticabili risultano la previsione della non vincolatività dell'accordo prima e quella che lascia alla volontà dei committenti il deposito dell'istanza per il *parental order* poi; tale binomio, infatti, lascia aperto uno spiraglio per la verificazione di situazioni che potrebbero mettere a rischio sia la determinazione dello *status civilis* del nato sia il suo benessere.

Nella migliore delle ipotesi, infatti, la gestante presta il suo consenso e i committenti avanzano la richiesta per il rilascio del provvedimento giudiziale. In

---

<sup>68</sup> Sul punto si veda L. KENNEDY, *Can I have your baby? Paternalism, autonomy and money in California's "surrogacy-friendly" statutory scheme*, in *Stanford Law & Policy Review*, XXXIII, 2022, p. 213; Department of Health & Social Care, *The surrogacy pathway: surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales*, in [gov.uk](https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales), <https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy/the-surrogacy-pathway-surrogacy-and-the-legal-process-for-intended-parents-and-surrogates-in-england-and-wales>, ove sul punto l'autore definisce l'accordo di surrogazione "*a statement of intention about how the arrangement will work and the commitment that each party is making to the other in advance of the surrogacy commencing*".

<sup>69</sup> La section 1A SAA letteralmente specifica che si tratta di "*not enforceable arrangements*".

questo caso, la soluzione orientata al miglior interesse del minore è senz'altro quella che attribuisce la genitorialità ai genitori di intenzione, che hanno desiderato il bambino ed intendono assumersene ogni responsabilità. Ma la situazione potrebbe non essere così lineare laddove la madre surrogata non presti il suo consenso ovvero i committenti non presentino istanza per il rilascio del provvedimento. Nel primo caso, se i genitori di intenzione avessero presentato richiesta per il *parental order* ma la gestante abbia negato il suo consenso, il nato si troverebbe a dover vivere una situazione di profonda instabilità; infatti, in una ipotesi di tal genere, la maternità dovrebbe essere attribuita, secondo le norme ordinarie in tema di genitorialità, alla donna che ha partorito il bambino, ovverosia la reclutata gestante. Tuttavia, la legge prevede che dal momento del deposito dell'istanza per il *parental order* da parte dei committenti (quindi prima del suo effettivo rilascio), il nato viva con i genitori d'intenzione. La situazione, dunque, sarebbe la seguente: il nato dovrebbe essere riconosciuto legalmente come figlio della madre surrogata ma sarebbe costretto a vivere con la coppia di committenti. Chiari i rischi di un tale epilogo sul benessere del minore nonché l'incertezza relativa al suo *status*.

Nel secondo caso, ove la madre surrogata presti il suo consenso ma i committenti non presentino istanza per il *parental order*, il nato si troverebbe a dover assumere legalmente lo stato di figlio della surrogata e a vivere con quest'ultima, che, però, con tutta probabilità sarà una donna che non desidera tenere il minore presso di sé (considerando il consenso prestato), circostanza, questa, che ben potrebbe avere delle ripercussioni sulla crescita del bambino. Insomma, la scelta di lasciare un ruolo preponderante al consenso e alla volontà delle parti, in questi casi potrebbe rivelarsi controproducente nel perseguitamento dell'interesse del minore, di fatto esposto a conflitti che vedono coinvolte le sue figure genitoriali. In questo senso deve rilevarsi un tratto di non trascurabile criticità dell'assetto normativo che, pur presentando prescrizioni con finalità senz'altro apprezzabili (si pensi, su tutte, al necessario accertamento della idoneità genitoriale dei richiedenti), ha un margine di miglioramento piuttosto ampio con riguardo alla regolamentazione dell'attribuzione dello *status filiationis*. Allora, volendo ragionare in ottica comparatistica e con finalità riformistiche, dovrebbe essere puntualizzata la necessità di uno sforzo ulteriore del legislatore nel prevedere meccanismi di attribuzione della genitorialità che tengano in debito conto, cercando di evitarlo, il rischio che il minore e il suo *status* versino in condizione di incertezza e instabilità. Dunque, potrebbe sottolinearsi l'opportunità di un'instaurazione anticipata del procedimento per l'emissione del provvedimento di attribuzione della genitorialità, così come pure opportuna sarebbe l'anticipazione dell'acquisizione del consenso della gestante. Vero è che, nell'ottica normativa inglese, la dilatazione dei tempi per queste pratiche è giustificata dalla delicatezza delle scelte ad esse sottese (relative, appunto, al desiderio di procreazione e alla volontà di aiutare taluno a realizzarlo mettendo, a tal fine, il proprio corpo a disposizione) ma è anche vero che le

riflessioni e le valutazioni necessarie ben potranno essere effettuate in momenti precedenti alla nascita del bambino, magari con il supporto di figure specializzate che aiutino a consapevolizzare i diretti interessati, affinché possa essere tracciato – metaforicamente – un tempo limite oltre il quale i ripensamenti su decisioni, pur importanti, degli adulti non ricadano sul superiore interesse al benessere del minore.

### 5.2.1. Le fattispecie di intermediazione e di pubblicizzazione

L'intermediazione nell'accordo surrogatorio è punita ai sensi della *section 2(1) SAA*<sup>70</sup>.

In base al dettato normativo è punibile chiunque, su base commerciale (*on a commercial basis*), avvia (*lett. a*) o partecipa (*lett. aa*) a qualsiasi trattativa con l'intento di stipulare un accordo di surrogazione, offre o accetta (*lett. b*) di negoziare la stipula di un accordo di surrogazione ovvero raccoglie informazioni (*lett. c*) con l'intento di usarle per la stipula di accordi di surrogazione; è punibile, inoltre, chiunque induca consapevolmente un terzo a compiere uno dei predetti atti su base commerciale. Ai sensi della *section 4(1)(a) SAA*, la pena prevista è la reclusione per un periodo non superiore a tre mesi e/o la multa.

Dal tenore letterale della disposizione emerge che le condotte devono ritenersi integrate a prescindere dall'effettiva, e successiva, stipulazione del contratto tra l'intermediario e le parti direttamente coinvolte nella pratica surrogatoria; dunque, ciò che rileva ai fini della configurabilità del reato è che la condotta sia mossa dall'intento di concludere la pattuizione e che ciò avvenga su base commerciale. A tal proposito, è necessaria una precisazione: il riferimento alle *commercial basis*, operato dalla disposizione, implica una essenziale integrazione con la definizione che di tale concetto è prevista alla *section 2(3) SAA*<sup>71</sup>. A mente di tale ultima norma l'atto deve intendersi compiuto su base

---

<sup>70</sup> Letteralmente: "No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is

*a) initiate any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,*  
*aa) take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement,*  
*b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or*  
*c) compile any information with a view to its use in making, or negotiating the making of, surrogacy arrangements.*

*and no person shall in the United Kingdom knowingly cause another to do any of those acts on a commercial basis".*

<sup>71</sup> Letteralmente: "For the purposes of this section, a person does an act on a commercial basis (subject to subsection (4) below) if

*a) any payment is at any time received by himself or another in respect of it, or*  
*b) he does it with a view to any payment being received by himself or another in respect of making, or negotiating or facilitating the making of, any surrogacy arrangement.*

*In this subsection "payment" does not include payment to or for the benefit of a surrogate mother or prospective surrogate mother".*

commerciale se, in qualunque momento, sia stato ricevuto un qualsiasi pagamento dall'autore o da un terzo ovvero se l'intento dell'autore fosse ricevere per sé o per un terzo qualsiasi pagamento; si aggiunga che, in base alla clausola finale della disposizione, nella nozione di pagamento è esclusa qualsiasi prestazione lucrativa a beneficio della reclutata gestante.

Le condotte tipiche che il legislatore riconduce alla fattispecie di intermediazione rivelano l'intento di anticipazione della tutela ad una fase prodromica alla concreta offesa al bene giuridico tutelato, che si avrebbe solo al momento dell'effettiva stipula del contratto; solo a quel punto, invero, il lucro dell'intermediario assumerebbe connotati certi e si potrebbe dire realizzato lo sfruttamento dei soggetti direttamente coinvolti nella pratica surrogatoria per finalità di guadagno economico di un soggetto terzo rispetto ad essi.

Dunque, emerge che l'incriminazione è volta a reprimere, e a reprimere con un certo rigore, ogni condotta potenzialmente idonea a lucrare sulla conclusione di un accordo che abbia ad oggetto pratiche di maternità surrogata; ciò vuol dire che, secondo l'ordinamento inglese, ciò che reca pregiudizio alla dignità della gestante, ma anche dei committenti, è l'agitò di colui che li rende oggetto di scambio per un proprio guadagno, non anche la pratica surrogatoria in sé e nemmeno l'intermediazione non connotata da scopi lucrativi. Ad avvalorare questa conclusione, la clausola finale della disposizione esclude la configurabilità del reato nel caso in cui la prestazione in denaro sia pattuita a favore della madre surrogata; tale previsione è la riprova del fatto che, da un lato, la condotta di intermediazione con finalità solidaristiche non è ritenuta avente un disvalore sufficiente da essere perseguita con lo strumento penale e, dall'altro, non lo è neppure la condotta di realizzazione della surrogazione di maternità a scopo di lucro a favore della gestante; infatti, in quest'ultima ipotesi, l'unica conseguenza è la preclusione dell'attribuzione della genitorialità in capo ai committenti (per violazione di una delle condizioni necessarie per l'emanazione del *parental order*, ai sensi della section 54 ss. dell'*HFEA* del 2008). Quanto appena detto, del resto, evidenzia il carattere essenziale dell'elemento commerciale ai fini della configurabilità del reato in parola. Di fatti, le *commercial basis* finiscono per rappresentare ciò che connota l'offensività di condotte che, altrimenti, sarebbero neutre per il diritto penale inglese. Questo, evidentemente, inciderà sull'onere probatorio. Soprattutto in quelle ipotesi in cui il pagamento non sia stato ancora effettuato, ma l'atto dell'intermediario sia stato compiuto con l'intento di riceverlo. Lo scopo di lucro, rilevando comunque ai fini della tipicità della fattispecie, diviene un elemento strettamente attinente alla psicologia del soggetto attivo, dando vita ad una vera e propria *probatio diabolica*.

A limitare l'applicazione del reato di intermediazione contribuisce la clausola di non punibilità prevista alla *section 2(2) SAA*<sup>72</sup>, che esclude la configurabilità della fattispecie quando soggetti attivi delle condotte siano la madre surrogata o la coppia di committenti, ovvero quando siano stati questi a causarne la realizzazione.

Questa previsione permette di evidenziare, in primo luogo, lo scopo legislativo di evitare di punire, per condotte altrimenti perseguitibili, soggetti emotivamente coinvolti nelle pratiche, che potrebbero, anche in questo caso e proprio in virtù della sanzione, essere stigmatizzati (si pensi ad una coppia di committenti che pur di vedere realizzato il loro desiderio di genitorialità offrano del denaro ad un intermediario); in secondo luogo, emerge l'ulteriore scopo di evitare di punire la reclutata gestante, quand'anche scelga di sottoporsi alla pratica per fini lucrativi e non solidaristici. Anche in questo caso, però, la previsione di un corrispettivo per la madre surrogata viola le condizioni previste per l'emanazione del *parental order*, dunque impedisce l'attribuzione della genitorialità in capo ai committenti.

Per finalità di completezza della trattazione, da ultimo, si precisa che in base a quanto disposto dalla *section 2(5) SAA* è configurabile un'ipotesi di responsabilità dell'ente (*body corporate*) nella misura in cui taluno, nell'agire per conto e nell'interesse di questo, prenda parte alle trattative ovvero faciliti la conclusione dell'accordo surrogatorio e il pagamento sia stato effettivamente percepito dall'ente stesso. Rispetto a tale ipotesi di punibilità, la *section 2(7) SAA* ne prevede una addizionale a carico delle persone fisiche che ricoprano ruoli gestionali o di controllo, a meno che non fossero a conoscenza o non avessero ragione per sospettare si trattasse di operazioni realizzate nell'interesse dell'ente.

Coerentemente con la *ratio* a fondamento di tutte le fattispecie di intermediazione, dunque con il disvalore che ad esse è attribuito in ragione del carattere lucrativo delle condotte tipiche, le *sections 2(2A)* e *2(2B)* escludono la responsabilità degli enti (e delle persone fisiche che agiscano nell'interesse di questo) che abbiano finalità solidaristiche, anche nelle ipotesi in cui ricevano un pagamento, purché sia ragionevole (ossia non superi i costi i sostenuti dall'ente senza scopo di lucro per l'esecuzione dell'atto).

La *section 3 SAA* è interamente dedicata alle fattispecie di pubblicizzazione. Le disposizioni presenti sul punto forniscono primariamente una definizione della condotta tipica e successivamente individuano figure di reato che differiscono

---

<sup>72</sup> Letteralmente: "A person who contravenes subsection (1) above is guilty of an offence; but it is not a contravention of that subsection

a) for a woman, with a view to becoming a surrogate mother herself, to do any act mentioned in that subsection or to cause such an act to be done, or  
b) for any person, with a view to a surrogate mother carrying a child for him, to do such an act or to cause such an act to be done".

per le modalità con le quali tale condotta è realizzata e per il diverso contributo apportato dai soggetti attivi; d'altra parte, però, per ognuna delle fattispecie previste la pena è la medesima, e si sostanzia nella sola multa, anche se il suo ammontare è individuato nel massimo statutario previsto alla *section 4(1)(b) SAA*.

Il primo riferimento normativo deve correre alla *section 3(1) SAA<sup>73</sup>* che individua il campo di applicazione dell'intera sezione prescrivendo che le norme ivi contenute si applicano a qualsiasi pubblicità avente ad oggetto l'indicazione in qualsiasi forma della disponibilità di taluno a stipulare, negoziare o a facilitare la conclusione di un accordo di maternità surrogata ovvero della ricerca da parte di taluno di una donna disposta a ricoprire il ruolo di madre surrogata o di persone che desiderino individuare una donna che assuma tale ruolo.

Definita così la condotta materiale di pubblicizzazione, le norme successive la declinano in relazione a contesti diversi. In primo luogo, la *section 3(2) SAA<sup>74</sup>* dispone che ove la pubblicizzazione sia contenuta in un giornale o in un periodico, sul proprietario, sull'editore e sul responsabile della pubblicazione ricade la responsabilità penale per l'annuncio illecito. Il legislatore nulla dice sull'aspetto psicologico, cioè sull'eventualità che i soggetti attivi si siano effettivamente rappresentati il contenuto illecito, dunque offensivo, dell'annuncio pubblicato; in questo senso, l'elemento soggettivo deve ritenersi irrilevante ai fini della configurabilità del reato. La *ratio* alla base della figura delittuosa, allora, potrebbe essere quella di una presunta responsabilità di vertice in capo alle figure citate, che proprio in virtù dei loro ruoli apicali avrebbero l'obbligo di vagliare i contenuti delle pubblicazioni prima della loro diffusione.

In secondo luogo, la *section 3(3) SAA<sup>75</sup>*, prevede la responsabilità di chiunque realizzi la condotta di pubblicizzazione (ai sensi della *section 3(1)*) diffondendo l'annuncio mediante reti di comunicazione elettronica pur conoscendone l'illiceità.

---

<sup>73</sup> Letteralmente: "*This section applies to any advertisement containing an indication (however expressed)*

*a) that any person is or may be willing to enter into a surrogacy arrangement or to negotiate or facilitate the making of a surrogacy arrangement, or*  
*b) that any person is looking for a woman willing to become a surrogate mother or for persons wanting a woman to carry a child as a surrogate mother".*

<sup>74</sup> Letteralmente: "*Where a newspaper or periodical containing an advertisement to which this section applies is published in the United Kingdom, any proprietor, editor or publisher of the newspaper or periodical is guilty of an offence".*

<sup>75</sup> Letteralmente: "*Where an advertisement to which this section applies is conveyed by means of an electronic communications network so as to be seen or heard (or both) in the United Kingdom, any person who in the United Kingdom causes it to be so conveyed knowing it to contain such an indication as is mentioned in subsection (1) above is guilty of an offence".*

In terzo luogo, è punibile chiunque pubblichi (*section 3(4)*<sup>76</sup>) o diffonda (*section 3(5)*<sup>77</sup>) gli annunci illeciti fuori dai casi in cui ciò avvenga mediante giornali, periodici o reti di comunicazione; con la precisazione ulteriore che, la *section 3(5)* richiede la conoscenza del contenuto illecito in capo al soggetto attivo che diffonde l'annuncio, mentre nessun riferimento a tale condizione soggettiva è operato nella *section 3(4)*, relativamente a colui che pubblichi il medesimo annuncio.

Orbene, a questo punto, a fronte della formulazione delle fattispecie e della irrogazione della sola pena della multa, è possibile sostenere che il legislatore abbia inteso anticipare ulteriormente la tutela della dignità di coloro che siano direttamente coinvolti nelle pratiche surrogatorie. Per dimostrare il fondamento di una siffatta interpretazione, si consideri quanto segue.

Nelle ipotesi di pubblicizzazione o diffusione di annunci che informino sulla disponibilità a rendersi madre surrogata o sulla ricerca di una donna che ricopra tale ruolo l'unica offesa concretamente realizzabile potrebbe astrattamente individuarsi in quella riguardante la reputazione degli individui coinvolti. Tale conclusione, però, pare vacillare in uno Stato in cui la pratica surrogatoria è inquadrata in un accordo del tutto lecito: quale pregiudizio reputazionale potrebbe arrecarsi con la diffusione dell'intenzione di prendere parte (qualsiasi sia il ruolo assunto) ad un accordo dal contenuto legittimo?

In questo senso, non sembra possibile individuare spazi di pregiudizio realmente concretizzabili, ed è proprio per questo che la *ratio* dell'incriminazione va individuata nella volontà legislativa di anticipare la tutela della dignità dei committenti e della surrogata, ad una fase prodromica a quella punita con l'intermediazione. In altre parole, la scelta di prevedere le figure delittuose in oggetto risiede nel fatto che la condotta materiale in esse descritta agevolerebbe situazioni a forte rischio di sfruttamento lucrativo delle intenzioni dei soggetti desiderosi di stipulare un accordo surrogatorio; diffondendo annunci in tal senso, terze persone potrebbero più facilmente trovare terreno per intermediare nelle negoziazioni con l'intento di lucrare su tali atti. A ben guardare, a conferma di tale interpretazione si pongono sia la previsione della sola multa, che è coerente con la ritenuta anticipazione della tutela, sia l'assenza

---

<sup>76</sup> Letteralmente: "A person who publishes or causes to be published in the United Kingdom an advertisement to which this section applies (not being an advertisement contained in a newspaper or periodical or conveyed by means of an electronic communications network) is guilty of an offence".

<sup>77</sup> Letteralmente: "A person who distributes or causes to be distributed in the United Kingdom an advertisement to which this section applies (not being an advertisement contained in a newspaper or periodical published outside the United Kingdom or an advertisement conveyed by means of an electronic communications network) knowing it to contain such an indication as is mentioned in subsection (1) above is guilty of an offence".

di riferimenti allo scopo lucrativo di chi pubblicizza o diffonde, a dimostrazione del fatto che il disvalore è insito nella condotta in sé considerata – proprio perché agevolerebbe intermediazioni illecite – e non solo quando è posta in essere per finalità di arricchimento.

Ancora, tornando al quadro normativo, deve essere considerata l'assenza di una clausola di non punibilità della madre surrogata e dei committenti, che delimita, dunque, un margine di responsabilità anche per i diretti interessati. Posto che, comprensibile, o quanto meno ragionevole, deve ritenersi la scelta di lasciar residuare una responsabilità in capo ai soggetti coinvolti nella misura in cui siano essi stessi, con la realizzazione delle condotte tipiche, ad agevolare operazioni lucrative illecite attorno all'accordo surrogatorio, d'altra parte non può tacersi una certa incoerenza sistematica scaturita da tale opzione. Invero, il legislatore, nel predisporre la regolamentazione, ed in particolare l'applicabilità, delle fattispecie di intermediazione ha dimostrato la tendenza a voler esimere da punibilità coloro che, emotivamente coinvolti nelle pratiche, avrebbero subito una stigmatizzazione ulteriore dall'eventuale instaurazione di un procedimento penale a loro carico<sup>78</sup>; diviene difficile, allora, comprendere ed individuare una ragione a fondamento della possibile incriminazione dei medesimi soggetti per le ipotesi di pubblicizzazione. Né può essere definitivo in tal senso il riferimento al carattere anticipatorio della tutela apprestata con i reati in questione e la previsione, per questi, della sola pena della multa. In altre parole, il fatto che si tratti di condotte prodromiche, cioè lontane dalla stipulazione di un accordo surrogatorio e il fatto che la sanzione sia meno "stigmatizzante", se da un lato rappresentano considerazioni che consentono di ridimensionare il coinvolgimento emotivo e l'eventuale effetto negativo del procedimento penale (considerando che nella peggiore delle ipotesi sarà applicata una multa), dall'altro valgono a ritenere ancor più irragionevole la configurabilità di una responsabilità in capo ai coinvolti. Infatti, sia l'anticipazione della tutela che la previsione della multa testimoniano un minor disvalore attribuito alle condotte perseguite; e se il legislatore ha scelto di lasciare indenni i committenti e la madre surrogata per le più gravi fattispecie di intermediazione non si vede perché non abbia fatto lo stesso per quelle di pubblicizzazione. In questo senso, emerge la necessità di un potenziale miglioramento della normativa in ottica di armonizzazione e coerenza sistematica.

---

<sup>78</sup> In questo senso si veda M. Warnock, *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford-New York, Basil Blackwell, 1985, par. 8.19. Si tratta del testo che precedette l'emanazione del SAA e che ne delineò le finalità prescrittive dichiarando che "*We do not envisage that this legislation would render private persons entering into surrogacy arrangements liable to criminal prosecution, as we are anxious to avoid children being born to mothers subject to the taint of criminality*".

Da ultimo, e ancora per completezza, deve precisarsi ulteriormente che la *section 4(3) SAA*, sancendo la configurabilità della responsabilità dell'ente per tutte le fattispecie incriminatrici previste nel corpo normativo in oggetto, fa descendere la possibilità che anche persone giuridiche si rendano soggetti attivi dei reati di pubblicizzazione, ove il fatto sia stato commesso per negligenza, connivenza ovvero con il consenso delle persone fisiche che ivi ricoprono un ruolo apicale, le quali saranno chiamate a rispondere insieme all'ente.

Diversamente, sono considerati esenti da responsabilità gli enti senza scopo di lucro (*section 3(1A)*) che pubblicizzino o diffondano annunci relativi alle loro attività di intermediazione; attività che, come si è detto, non configura reato se a realizzarla è una persona giuridica che operi *no-profit*.

## 6. Osservazioni conclusive

Non è dovuto al caso il riferimento iniziale al diritto alla procreazione, costituzionalmente riconosciuto, e alla conseguente necessità di bilanciamento tra questo e i parimenti rilevanti interessi con i quali entra in contatto.

L'auspicio, infatti, è quello di aver reso evidente come in materia di surrogazione di maternità tale bilanciamento è costantemente tradito dal tenore della legislazione ordinaria e dalle *rationes* che vi si celano.

Perseguire penalmente la pratica surrogatoria significa annichilire del tutto il diritto alla procreazione degli individui; farlo sulla scorta del perseguimento della tutela della dignità della madre surrogata, considerata aprioristicamente pregiudicata, senza possibilità di indagare il grado di libertà della sua scelta, significa eliminare deliberatamente l'operazione di bilanciamento fra diritti, sull'altare di una convinzione di superiorità della famiglia tradizionale fondata sulla unitarietà della figura materna.

E, si badi, la gravità di tale operazione non si rinviene tanto nel merito: che taluni, fossero anche i più, vogliano e ritengano più tutelante, più garantita o, ancora, più etica, una famiglia che si fondi su legami biologici, con due figure genitoriali di riferimento e con la madre individuata esclusivamente nella *puerpera*, è una posizione che deve considerarsi legittima e indiscutibile.

Ciò che è grave è che una posizione, evidentemente ideologica, venga elevata ad unica possibile e resa fondamento di legislazioni, tra l'altro penali, in un ordinamento che, professandosi democratico, dovrebbe al contrario garantire espressione e tutela a tutte le concezioni di famiglia, di maternità, di procreazione. Si intende, chiaramente, pur sempre nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui.

L'obbligo di introdurre norme, soprattutto penali, esclusivamente in ossequio ai principi fondamentali che regolano l'ordinamento e, insieme, la presa di coscienza della necessaria considerazione di tutti i diritti coinvolti nelle pratiche procreative non porta necessariamente ad una decisione che sia polarizzata in un senso o nell'altro. L'operazione di bilanciamento servirebbe, anzi, proprio ad introdurre una disciplina che tenga conto dei rischi, dei soggetti più vulnerabili,

dei valori condivisi nella società attuale, restituendo una regolamentazione calibrata su ognuno di questi aspetti. Ne sono una testimonianza i modelli normativi dei Paesi che si sono presi in considerazione, i quali, al netto delle criticità che possono rilevarsi, posseggono l'insuperabile punto di forza di tenere in considerazione anche la prospettiva di coloro che intendono accedere ad una pratica surrogatoria.

Il sistema tedesco, pur vietando la pratica, compie questa operazione evitando di ricorrere al diritto penale (se non per le ipotesi di surrogazione a scopo lucrativo) escludendo quindi una responsabilità in capo ai committenti; il sistema inglese, al contrario, legittima la surrogazione di maternità dettandone una specifica regolamentazione finalizzata a ridurre i rischi di sfruttamento della donna gestante e di pregiudizio per il minore.

Che gli spazi di abuso da parte di terzi o dei diretti interessati non saranno mai del tutto eliminati da nessun tipo di regolamentazione è inevitabile; ma proprio per tale inevitabilità, l'argomentazione del rischio di sfruttamento della legittimazione alla pratica surrogatoria "prova troppo". Ogni norma presente in qualsivoglia ordinamento è soggetta ad una certa alea di rischio di abuso e/o di elusione; non per questo ci si può arrogare il diritto di non disciplinare adeguatamente, vietare *tout court*, o, ancora, punire incondizionatamente certi fenomeni diffusi e rispetto ai quali i consociati potrebbero trarre beneficio o addirittura soddisfare una necessità. Tra tutti, si pensi alla pratica di donazione degli organi, certamente possibile di essere sfruttata a fini lucrativi, certamente connotata da rischi per la salute, ma altrettanto essenziale in una società ispirata al principio solidaristico e in cui il progresso scientifico consente, così, di salvare le vite di alcuni grazie ad atti di liberalità di altri.

Insomma, alla luce di un quadro più generale, le conclusioni che possono trarsi da quanto osservato in questo elaborato potrebbero essere sintetizzate in tre argomenti, l'uno conseguenza dell'altro.

In primo luogo, deve evidenziarsi un rilevante scarto tra quanto astrattamente previsto dall'ordinamento costituzionale e quanto effettivamente garantito sul piano delle fonti primarie; in altre parole, a fronte di un diritto alla procreazione costituzionalmente garantito, la possibilità che questo possa essere adeguatamente esercitato nella pratica risulta estremamente ridotta quando si tratta di fare ricorso a tecniche di fecondazione artificiale.

In secondo luogo, e conseguentemente, tale – difficilmente spiegabile – limitazione dovrebbe lasciar spazio ad una regolamentazione adeguata che risponda ai canoni della legalità, quindi della tassatività, della precisione e della prevedibilità, nonché a quelli della ragionevolezza; ci si riferisce ad una regolamentazione auspicabilmente più flessibile che, considerando la presenza di un legittimo spazio per la pratica surrogatoria, quantomeno con riferimento a quella solidaristica, nell'ordinamento italiano, si faccia carico di prevedere condizioni, limiti, accertamenti, conseguenze del fenomeno. Si tratterebbe, più semplicemente, di una disciplina che tenga conto dell'interesse del minore a

crescere in un contesto di benessere e affettività (più che in un nucleo familiare ispirato necessariamente ad un modello tradizionale), dell'autodeterminazione di una donna che intenda ricoprire il ruolo di madre surrogata (più che della sua dignità oggettivamente intesa), ritenendola finalmente in grado di decidere da sé cosa sia adeguato ai propri valori e cosa non lo sia e, infine, dell'altrettanto rilevante e imprescindibile diritto alla procreazione di una coppia di aspiranti genitori (evitando di stigmatizzare, con lo strumento penale, coloro che ritengono di dover accedere a pratiche medicalizzate per soddisfare un desiderio di famiglia).

La necessità di una regolamentazione dal tenore di quella descritta deriva, al di là di tutto, da una ragione che si colloca a monte di ogni questione giuridica relativa ai diritti riproduttivi e non solo. Questo è il terzo ed ultimo argomento che si intende spendere, e parte da lontano.

Che il diritto sia una scienza è una convinzione perdente per definizione; il diritto è materia pratica, creata da individui, che si occupa di individui e di dinamiche tra essi. L'infinità delle possibili manifestazioni di queste dinamiche rende le norme irrimediabilmente parziali, non in grado di ricoprendere le molteplici declinazioni dei fenomeni che intendono regolamentare; allora, la vera complessità, che poi è anche l'aspetto più affascinante, del diritto sta nel dover cercare di rendere flessibili e attualizzabili anche le norme più imperative di tutte. La grandezza del diritto non risiede nel prevedere una regola per ogni situazione concretamente realizzabile ma nel lasciare un fisiologico margine interpretativo che permetta di adeguare la norma ad ogni versione delle dinamiche umane.

Questa considerazione in tema di diritti riproduttivi se possibile è ancor più vera. A venire in gioco sono le inquantificabili modalità di realizzazione della procreazione, secondo schemi e dinamiche estremamente connotate dall'imprevedibile, oltreché, chiaramente, i molteplici, e tutti legittimi, modi di sentire il valore della riproduzione, della famiglia, della maternità. Una disciplina che non lasci respiro a questa pluralità è una disciplina che contrasta la caratteristica primordiale del diritto, quella cioè di essere intimamente legato al reale.

Lo scrisse egregiamente Antonio Briguglio, processualista, in un suo articolo: *"Ricordati che in diritto 2+2 non fa sempre 4. Certo non fa 16 o 78, ma può fare 3 o 5 o perfino 6. Ed in quei numeri che apparentemente non tornano, in quella zona misteriosa fra logica formale e retorica argomentativa, o se volete fra norme e vita, si vincono le cause, si inventano nuovi strumenti negoziali, si creano piccole o grandi teorie che possano durare almeno qualche anno [...]. E in definitiva in*

*quella zona misteriosa ci si diverte ancora molto, come ci divertivamo 40 anni fa, forse perfino di più, sicuramente di più dei dottori commercialisti*<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> A. BRIGUGLIO, *La professione forense nel contenzioso civile 40 anni dopo (festeggiando l'anniversario della fondazione della Facoltà di Giurisprudenza della Luiss)*, in *Gius. Civ.*, 3/2022, p. 584.