

XIX legislatura

**Dossier del Servizio Studi
sugli AA.SS. nn. 824, 163,
245 e 475**

Disposizioni in materia di
maternità surrogata

ottobre 2023
n. 169



servizio studi del Senato

ufficio ricerche sulle questioni
istituzionali, sulla giustizia e sulla
cultura



SERVIZIO STUDI
TEL. 066706-2451
studi1@senato.it

I dossier del Servizio studi sono destinati alle esigenze di documentazione interna per l'attività degli organi parlamentari e dei parlamentari. I testi e i contenuti normativi ufficiali sono solo quelli risultanti dagli atti parlamentari. Il Senato della Repubblica declina ogni responsabilità per la loro eventuale utilizzazione o riproduzione per fini non consentiti dalla legge. I contenuti originali possono essere riprodotti, nel rispetto della legge, a condizione che sia citata la fonte.

XIX legislatura

**Dossier del Servizio Studi
sugli AA.SS. nn. 824, 163,
245 e 475**

Disposizioni in materia di
maternità surrogata

ottobre 2023
n. 169

a cura di: C. Andreuccioli

INDICE

QUADRO NORMATIVO.....	7
IL CONTENUTO DEI DISEGNI DI LEGGE	14
L'Atto Senato n. 824	14
L'Atto Senato n. 163	15
L'Atto Senato n. 245	16
L'Atto Senato n. 475	16

QUADRO NORMATIVO

L'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) contempla **due diverse fattispecie penali**, entrambe punite con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro, ovvero:

- la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione del commercio di gameti o di embrioni;
- la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione di maternità.

In entrambi i casi, in caso di condanna, in base all'art. 12, comma 9, il medico è soggetto alla **pena accessoria** della sospensione dall'esercizio della professione da 1 a 3 anni.

In base all'art. 12, comma 10, la **struttura** presso cui è stata praticata la tecnica è soggetta alla **sospensione dell'autorizzazione ad eseguire interventi** di procreazione assistita e alla revoca della stessa in caso di recidiva o di più violazioni dei divieti previsti dall'art. 12.

Il primo reato, relativo alla **commercializzazione di gameti ed embrioni** ha oggi, dopo la sentenza con la quale la **Corte costituzionale** ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa (**sentenza n. 162 del 2014**), una portata diversa rispetto a quella che gli riconosceva il legislatore nel 2004, quando tale pratica di fecondazione era vietata.

La legittimità, a talune condizioni, della fecondazione eterologa, infatti, rende legittima anche la cessione di gameti, senza la quale l'eterologa sarebbe impraticabile; ciò non ha comportato, però, per la Cassazione penale, una abrogazione del reato. Richiamando la direttiva 2004/23/CE, che prevede la gratuità e volontarietà della donazione dei tessuti e cellule umane (art. 12) e impone agli Stati di prevedere che i donatori possano solo ricevere «una indennità strettamente limitata a far fronte alle spese e inconvenienti risultanti dalla donazione», la Corte (sez. III penale, sentenza n. 36221 del 2019) ha affermato che «l'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, all'esito della pronuncia della Corte costituzionale n. 162 del 2014, punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza l'acquisizione di gameti umani in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione».

La seconda parte del comma 6 punisce invece «chiunque, in qualsiasi forma, **realizza, organizza o pubblicizza** (...) la **surrogazione di maternità**». La surrogazione di maternità è una pratica procreativa in virtù della quale una donna si impegna a portare avanti una gestazione per conto di una coppia c.d. «committente» e a consegnare, dopo il parto, il bambino a tale coppia. Se nella maternità surrogata in senso stretto l'embrione risulta dall'interazione di gameti maschili di un membro della coppia e gameti femminili della gestante stessa, può anche avvenire che la fecondazione abbia luogo grazie a spermatozoi riferibili da un terzo donatore, come anche che la madre surrogata sia in concreto priva di ogni legame genetico con il neonato, avendo condotto la gravidanza a seguito

dell'impianto di un ovulo già fecondato, formato dall'unione di cellule riproduttive appartenenti alla coppia c.d. committente, ovvero a terzi donatori (c.d. **“maternità surrogata totale”**).

Nel nostro Paese **la surrogazione di maternità è una pratica illecita**, penalmente sanzionata, e la stessa Corte costituzionale, nella citata sentenza n. 162 del 2014 ha precisato che la fecondazione eterologa «va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta "surrogazione di maternità", espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia». Con riguardo alla **definizione della condotta** penalmente rilevante, dalla lettura della norma si ricava che ai fini dell'integrazione della fattispecie non è richiesta alcuna finalità lucrativa, a differenza di quanto accade per la commercializzazione di gameti e di embrioni. **Più complesso è individuare i possibili autori del reato** in quanto la giurisprudenza non si è espressa in merito, in assenza di una casistica relativa a fatti commessi in Italia. La selezione dei possibili soggetti attivi del delitto è condizionata dalla accezione più o meno ampia che si attribuisce al concetto di “realizzazione di surrogazione di maternità”. Accogliendo una nozione restrittiva, autore del reato sarebbe esclusivamente il medico che realizza l'intervento; in base invece a una interpretazione sistematica, la norma potrebbe applicarsi a tutti i soggetti coinvolti: l'eventuale donatore esterno alla coppia, la coppia stessa, la madre portante, il medico, oltre a quanti pongano in essere le attività prodromiche ad interventi del tipo di quello vietato. Peraltro, l'inserimento tra i soggetti attivi della madre gestazionale e della coppia di genitori biologici potrebbe ricavarsi anche dalla lettura dell'art. 12, comma 8, della legge n. 40, che non include la “surrogazione di maternità” tra i casi per i quali si stabilisce la non punibilità per l'uomo o la donna cui siano applicate le pratiche di procreazione medicalmente assistita.

L'esistenza del divieto in Italia ha portato molti cittadini a ricorrere alle pratiche di **surrogazione di maternità all'estero**, nei paesi che hanno regolamentato e consentito questa tecnica di procreazione (c.d. **“turismo procreativo”**); la maternità surrogata all'estero ha quindi posto ulteriori problemi all'ordinamento nazionale chiamando la giurisprudenza penale e quella civile a chiarire:

- se sia possibile **perseguire i cittadini che realizzano la maternità surrogata all'estero**, in violazione della norma nazionale ma nel rispetto della normativa straniera;
- se sia possibile **perseguire tali cittadini quando chiedono in Italia la trascrizione dell'atto di nascita** del minore generato mediante maternità surrogata, per i reati di alterazione di stato (art. 567 c.p.) e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali (art. 495, co. 2, n. 1, c.p.);

- se **l'atto di nascita redatto all'estero**, che attribuisce la genitorialità del minore generato mediante maternità surrogata alla coppia c.d. committente, **sia trascrivibile in Italia** nei registri dello stato civile.

Quanto ai profili penali, anzitutto la Cassazione ha escluso l'applicabilità dell'art. 12, comma 6, ai fatti commessi all'estero. Sul punto la giurisprudenza della Corte di cassazione è univoca in quanto, affinché il reato commesso in parte all'estero possa rientrare nell'ambito della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 6, secondo comma, c.p., occorre che **si verifichi nel territorio dello Stato "anche solo un frammento della condotta"** integrante il reato e che la parte di condotta commessa in Italia sia comunque significativa e collegabile in modo chiaro e univoco alla parte restante realizzata in territorio estero; tale connotazione, tuttavia, non può essere riconosciuta ad un generico proposito, privo di concretezza e specificità, di commettere all'estero fatti delittuosi, anche se poi ivi integralmente realizzati (v. da ultimo Cass. pen., Sez. III, n. 5198 del 2021; v inoltre Cass. pen., Sez. VI, n. 56953 del 2017, Cass. pen., Sez. III, n. 35165 del 2017, Cass. pen., Sez. V, n. 13525 del 2016). La Cassazione (sentenza n. 5198/2021), individuando il momento di consumazione del reato nel compimento della gestazione per conto di altri, che si conclude con la nascita, rileva che «il tema è quello di stabilire il perimetro delle condotte antecedenti alla nascita che integrano la condotta di "realizza"», che deve essere circoscritto a quelle condotte eziologicamente collegate alla nascita stessa e funzionali allo scopo in modo da "delimitare il contenuto della fattispecie tipica entro limiti di riconoscibilità della fattispecie e prevedibilità delle conseguenze". "Ciò in quanto la norma penale deve essere sufficientemente chiara per essere prevedibile il comportamento che è fonte di responsabilità penale." In precedenza, la Cassazione aveva riconosciuto la **scriminante dell'esercizio putativo del diritto** nei confronti di chi, all'estero, in Paesi dove è consentita, ricorre a pratiche di maternità surrogata sull'assunto che il cittadino che ricorre alla maternità surrogata all'estero non può essere perseguito perché incorre in un errore di diritto inevitabile, ai sensi dell'art. 5 c.p., essendo controversa presso la giurisprudenza la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero (art. 9 c.p.), sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui fu commesso (**c.d. doppia incriminabilità**).

Anche per quanto riguarda il diverso aspetto della **trascrizione degli atti di nascita**, la giurisprudenza penale ha escluso l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 567, secondo comma, c.p. (alterazione dello stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità), nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate ai sensi dell'art. 15 del D.P.R. n. 396 del 2000, in ordine a cittadini italiani nati all'estero mediante la tecnica della maternità surrogata eterologa e rese all'autorità consolare sulla base di certificato redatto dalle autorità locali che li indichi come genitori, in conformità alle norme stabilite dalla legge del luogo (v. da ultimo Cass. pen., Sez. VI, n. 31409 del 2020; v. anche Cass. pen., Sez. V, n. 13525 del 2016; Cass. pen., Sez. VI, n. 48696 del 2016).

Nella **sentenza n. 31409 del 2020** la VI Sezione penale della Corte di cassazione ha statuito che ai fini della configurabilità del delitto di alterazione dello stato civile di un neonato mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità, “è necessaria un’attività materiale di alterazione di stato che costituisca un *quid pluris* rispetto alla mera falsa dichiarazione e si caratterizzi per l’idoneità a creare una falsa attestazione, con attribuzione al figlio di una diversa discendenza, in conseguenza dell’indicazione di un genitore diverso da quello naturale”, attività che non si sarebbe esplicata nella fattispecie in esame in quanto “le attestazioni relative alla minore, che gli indagati hanno reso sulla base di una certificazione stilata in Ucraina, non integrano certificazioni o attestazioni "false", risultando viceversa legittime secondo la *lex loci*, che ammette la maternità surrogata eterologa nel caso in cui il patrimonio biologico del minore appartenga per il 50% ai genitori committenti”.

Parallelamente, la **Cassazione civile ha sino ad oggi negato la trascrizione in Italia dell’atto di nascita da maternità surrogata redatto all’estero, per contrarietà all’ordine pubblico**. Si ricorda che, ai sensi degli artt. 15, 17 e 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (c.d. ordinamento dello stato civile) le dichiarazioni di nascita devono “farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa”, con immediato inoltro all’autorità diplomatica o consolare competente, la quale trasmette gli atti all’ufficiale dello stato civile del comune italiano pertinente. Quest’ultimo provvede alla relativa trascrizione, a meno che ravvisi la contrarietà degli atti all’ordine pubblico. Il **limite dell’ordine pubblico** è poi espressamente richiamato dall’art. 65 della legge n. 218 del 1995 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) in relazione all’idoneità dei “provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all’esistenza di rapporti di famiglia” a produrre effetti in Italia. La Cassazione, precisando che l’ordine pubblico internazionale è «il limite che l’ordinamento nazionale pone all’ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna» e dunque «non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili», ha osservato che la maternità surrogata si pone oggettivamente in contrasto con la «tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante» e che «nel superiore interesse del minore, l’ordinamento giuridico affida la realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico con il nato solo all’istituto dell’adozione - che gode delle garanzie del procedimento giurisdizionale - e non al mero accordo fra le parti».

Tale posizione, espressa per la prima volta nella sentenza n. 24001 del 2014, è stata riaffermata in più recenti pronunce; su tutte la sentenza delle Sezioni unite civili n. 12193 del 2019, che hanno precisato che i valori tutelati dal divieto di maternità surrogata - dignità della gestante e istituto giuridico dell’adozione - sono ritenuti dal legislatore prevalenti sull’interesse del minore a vedere riconosciuti, pur in assenza di un legame biologico, i rapporti sviluppatasi con soggetti che se ne prendono cura, all’esito di un bilanciamento al quale non può sostituirsi il

giudice. Ciò non esclude, peraltro, la possibilità di dare rilievo al rapporto che il genitore d'intenzione ha sviluppato con il minore ricorrendo a ulteriori strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, quale ad esempio l'adozione in casi particolari (su cui v. infra).

Sul punto è intervenuta anche la **Corte europea dei diritti dell'uomo, con un parere consultivo del 15 aprile 2019**, nel quale, pur affermando che il diritto del minore nato da pratiche di maternità surrogata al rispetto della vita privata (*ex art. 8 CEDU*) richiede che la legislazione nazionale preveda la possibilità di riconoscere una relazione del minore con il cosiddetto genitore intenzionale, ha statuito che tale riconoscimento non deve necessariamente avvenire consentendo la trascrizione del certificato di nascita nei registri dello Stato, potendosi delineare anche delle soluzioni diverse rispettose del superiore interesse del minore. Partendo dalle affermazioni della CEDU, **la consolidata interpretazione attuale del diritto vivente**, secondo cui non può essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del cd. genitore d'intenzione (e quindi non biologico) nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri, **è stata messa in discussione dalla I Sezione civile della Cassazione, che, con l'ordinanza n. 8325 del 2020, ha sottoposto la questione alla Corte costituzionale.**

La Corte costituzionale si è infine espressa con la **sentenza n. 33 del 2021**, con la quale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità. Difatti, la Corte ha rilevato come, fermo restando il divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata, l'attuale quadro normativo non assicura piena tutela agli interessi del bambino nato con questa tecnica, ma ha ritenuto, essendo prospettabili differenti soluzioni legislative - tutte compatibili con il dettato costituzionale - di non poter intervenire nel merito delle questioni sollevate, nel doveroso rispetto della discrezionalità del legislatore. La Corte ha quindi sottolineato la necessità di **un indifferibile intervento del legislatore**, al fine di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore, operando il difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori. La Corte ha inoltre fissato alcuni principi già individuati in precedenti pronunce. In particolare, la Corte ha ribadito che **il divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità è un principio di ordine pubblico** posto a tutela di valori fondamentali, in quanto la maternità surrogata "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane", sottolineando tuttavia allo stesso tempo che in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei "migliori interessi" del minore. Nella situazione specifica l'interesse del minore è individuato nella possibilità di "ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che nella realtà fattuale già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia" (omosessuale ovvero eterosessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo

concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge. D'altra parte, la Corte ha riconosciuto che gli interessi del bambino devono essere bilanciati con la finalità legittima di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, vietata dalla legislazione statale, e ha ricordato come la stessa Corte EDU riconosca che gli Stati parte possano non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo *status* di padre o di madre al “genitore d'intenzione”; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi. La Corte ha ritenuto che il riconoscimento giuridico del rapporto del bambino con il genitore “intenzionale” possa essere nel concreto assicurato “attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino”. Nello specifico il riferimento è all'**istituto dell'adozione in casi particolari** (ex art. 44, co. 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983), che, secondo la giurisprudenza di legittimità, rappresenta una **clausola di chiusura del sistema**.

L'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 della legge n. 184 del 1983 è un istituto che **consente l'adozione di minori a prescindere dal loro stato di abbandono** (che è invece presupposto essenziale dell'adozione ordinaria). I casi in cui è ammissibile fare ricorso a questo tipo di adozione sono individuati dal citato art. 44, comma 1, e sono i seguenti: a) minore orfano di padre e di madre, che può essere adottato da persone legate al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori; b) minore figlio, anche adottivo, del proprio coniuge; c) minore, orfano di padre e di madre, portatore di handicap; d) constatata impossibilità di affidamento preadottivo. Nei casi indicati, l'adozione è consentita anche ai *single* e alle coppie di fatto; se però l'adottante è coniugato e non separato l'adozione deve essere richiesta da entrambi i coniugi. Con riferimento alla differenza di età tra adottante e adottato, l'art. 44 della legge prescrive che l'età dell'adottante superi di almeno diciotto anni l'età dell'adottato nei soli casi di cui alle indicate lettere a) e d).

A giudizio della Corte costituzionale, tale istituto, già considerato praticabile dalla Corte di cassazione, «costituisce una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali», in quanto non attribuisce la genitorialità all'adottante e resta comunque subordinata all'assenso del genitore “biologico”, che potrebbe anche mancare in caso di crisi della coppia. È da rilevare che proprio sull'aspetto della mancata attribuzione della piena genitorialità all'adottante, la Corte costituzionale è intervenuta con la sentenza n. 79 del 2022, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'articolo 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

La Corte, con tale pronuncia, ha così affermato il pieno riconoscimento dello *status filiationis* (e dei legami parentali ad esso conseguenti) anche al figlio adottato secondo il procedimento di cui all'art. 44 della medesima legge n 184. Tra le motivazioni addotte dalla Corte si legge che «la norma censurata priva (...) il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni».

Da ultimo, sulla questione del temperamento tra il divieto di maternità surrogata in Italia e l'ineludibile difesa gli interessi del minore nato dall'accesso a tale pratica all'estero si sono nuovamente pronunciate le **Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 38162 del 2022**, ribadendo che la strada da seguire è quella dell'adozione in casi particolari, posto che il divieto alla maternità surrogata previsto dall'ordinamento non consente l'automatica trascrizione di un atto formato all'estero in cui anche il genitore d'intenzione venga riconosciuto come tale. Di seguito il principio enunciato dalle Sezioni Unite: «Poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi della legge n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d).

Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita».

IL CONTENUTO DEI DISEGNI DI LEGGE

L'Atto Senato n. 824

La **proposta di legge A.S. 824**, di iniziativa dell'on. Varchi e altri, **già approvata dalla Camera dei deputati**, interviene sull'articolo 12 della legge n. 40 del 2004 che al comma 6 (vedi *amplius supra*) prevede i delitti relativi alla commercializzazione di gameti o di embrioni e alla surrogazione di maternità, che si esplicano attraverso le condotte tipiche della realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione, individuate dallo stesso comma 6, punendo chiunque le metta in atto con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

Più in dettaglio, il disegno di legge n. 824 aggiunge un nuovo periodo al termine del comma 6 dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004, al fine di **sottoporre alla giurisdizione italiana le condotte compiute dal cittadino italiano**, riferibili al delitto di surrogazione di maternità, **anche se poste in essere in territorio estero**; in caso di accertamento del reato, saranno conseguentemente applicate le pene previste dal primo periodo.

La proposta consente dunque di perseguire penalmente condotte commesse in un Paese estero anche quando tale Paese non qualifichi le stesse come illecite, avvalendosi di una possibilità già prevista, a determinate condizioni, dall'ordinamento penale italiano (artt. 7 e ss. del codice penale, v. *infra*).

Per la legge penale italiana, un **fatto configurato come reato in Italia può essere punito anche quando commesso all'estero purché ricorrano determinate condizioni**, differenti a seconda che sia previsto o meno il coinvolgimento di un cittadino italiano (in veste di autore del delitto, concorrente dell'autore, oppure vittima del delitto stesso). In materia di **punibilità dei reati commessi all'estero, la disciplina è dettata dagli artt. 7 ss. c.p.** In particolare, l'articolo 7 c.p. prevede che la legge italiana si applichi sia nei confronti del cittadino sia nei confronti dello straniero in relazione ai reati, commessi all'estero, elencati nel medesimo articolo e caratterizzati da rilevante gravità – quali, ad esempio, i delitti contro la personalità dello Stato – e, in particolare, ad ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscano l'applicabilità della legge penale italiana (art. 7, comma primo, n. 5, c.p.) . Per completezza, si fa presente che gli articoli seguenti, relativi ai delitti politici commessi dallo straniero (art. 8 c.p.), ai delitti comuni del cittadino all'estero (art. 9 c.p.) e ai delitti comuni dello straniero all'estero (art. 10 c.p.), subordinano l'applicazione della legge penale italiana alla sussistenza di alcuni presupposti. L'art. 9, con riguardo al delitto compiuto da cittadino italiano, che sia punito secondo la legge italiana il cittadino presente nel territorio dello Stato italiano che abbia commesso un reato punito con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Ove la pena prevista sia inferiore, è necessaria, ai fini della punibilità, un'apposita richiesta del Ministro della giustizia, ovvero l'istanza di procedimento o di querela da parte della persona offesa. Analogamente a quanto dispone l'art. 9, l'art. 10 stabilisce che per i delitti comuni che lo

straniero commette all'estero contro lo Stato o contro un cittadino italiano, la legge penale italiana si applica solo per i delitti puniti con pena detentiva (ovvero delitti puniti con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno). Occorrono inoltre la presenza del reo nel territorio dello Stato italiano e, alternativamente, la richiesta di procedimento del Ministro della giustizia o la richiesta di procedimento della persona offesa. Per quanto riguarda i delitti contro le Comunità europee, uno Stato estero o uno straniero puniti con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni la legge prevede tre condizioni di procedibilità: la richiesta ministeriale, la presenza del presunto colpevole nel territorio dello Stato e che l'estradizione del medesimo non sia stata concessa dallo Stato italiano o accettata dallo Stato in cui ha commesso il delitto o dallo Stato a cui appartiene. Al riguardo, la Corte di Cassazione, nella **sentenza del 10 marzo 2016, n. 13525**, ha precisato che la questione della **“doppia incriminabilità”** «assume sicuro rilievo, ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta (Corte cost., 24/03/1988, n. 364), in quanto l'errore investe la portata applicativa del menzionato art. 9. La pronuncia appena citata, nel tracciare i parametri di individuazione della inevitabilità dell'errore, opera un significativo riferimento anzitutto ai criteri (c.d. oggettivi puri), secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato, aggiungendo che tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale.»

Si ricorda, infine, che l'art. 604 c.p. prevede, con riguardo ai **delitti contro la personalità individuale** (sezione I, Capo III, Titolo XII del Libro II c.p.) nonché quelli relativi alla **violenza sessuale, atti sessuali con minorenni, corruzione o adescamento di minorenni**, che le disposizioni del codice penale **si applichino altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano**, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero dallo straniero in concorso con cittadino italiano. In quest'ultima ipotesi lo straniero è punibile quando si tratta di delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e quando vi è stata richiesta del Ministro della giustizia.

L'Atto Senato n. 163

Il **disegno di legge n. 163**, di iniziativa del **sen. Gasparri**, similmente all'AS 824, si propone di estendere le pene previste dall'articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, anche ai fatti commessi all'estero.

Più nel dettaglio l'articolo unico dell'AS 163 riscrive integralmente il comma 6 dell'articolo 12.

Nel confermare l'impianto sanzionatorio vigente, la disposizione ne estende l'ambito di applicazione anche alle condotte poste in essere all'estero da cittadini italiani. Si prevede inoltre – si tratta di una disposizione che non trova riscontro nella proposta approvata dalla Camera - che, nel caso di figli nati all'estero da cittadini italiani, le autorità diplomatico-consolari italiane e gli uffici di stato civile, nel procedere alla legalizzazione dei documenti di nascita o nel ricevere una dichiarazione di nascita, sono obbligati a richiedere se la nascita sia avvenuta mediante il ricorso alla pratica della surrogazione di maternità.

L'Atto Senato n. 245

Il **disegno di legge n. 245**, di iniziativa dei senatori **Rauti e Malan**, analogamente alle proposte già illustrate, prevede l'applicazione delle pene attualmente previste per i delitti relativi alla commercializzazione di gameti o di embrioni e alla surrogazione di maternità anche "se il fatto è commesso all'estero".

L'Atto Senato n. 475

Il **disegno di legge n. 475**, di iniziativa del senatore **Romeo**, sempre volto a contrastare la pratica della maternità surrogata, reca un contenuto più ampio e articolato rispetto agli altri atti in esame.

In particolare, l'**articolo 1** fornisce una **definizione di maternità surrogata**. Con maternità surrogata si intende quella pratica riproduttiva mediante la quale gli adulti ottengono prole delegando la gravidanza e il parto a una donna esterna alla coppia che si impegna a consegnare loro il nascituro.

All'**articolo 2** sono previsti i **principi e le finalità** in relazione alla necessità dell'introduzione, all'articolo 600-*quinquies*.1 del codice penale, del nuovo reato di surrogazione di maternità.

Nel dettaglio la disposizione prevede che il contrasto alla pratica della maternità surrogata e la tutela dell'interesse prioritario del minore costituiscono obiettivi primari perseguiti dallo Stato italiano:

- nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 3, 29, 30, 31 e 32, della Costituzione,
- in linea con le pronunce della Corte costituzionale, in particolare con la sentenza n. 272 del 2017, che ha stabilito che la pratica della surrogazione della maternità "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane",

Nel caso oggetto della sentenza n. 272, il Tribunale per i minorenni di Milano, in un procedimento per l'accertamento dello stato di abbandono di un minore, autorizza il curatore speciale a proporre azione ex art. 263 cod. civ., di impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità, avanti al Tribunale Ordinario. Infatti dalle indagini effettuate dalla Procura per i minorenni era emerso che il minore era nato da maternità surrogata, con ovodonazione.

Il Tribunale Ordinario dichiara che il minore non è figlio della donna che lo ha riconosciuto. La decisione viene impugnata e la Corte d'Appello solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. per contrarietà agli artt. 2,3,30,31 e 117 comma primo (e 8 CEDU) della Costituzione, in quanto non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo se risponde all'interesse del minore. Questo perché invece l'art. 263 cit. viene ritenuto presidio della rispondenza piena fra stato civile e realtà biologica. La Corte Costituzionale rigetta la questione in quanto, per via interpretativa, ritiene bilanciabile la rispondenza a verità

dello *status filiationis*, con altri interessi coinvolti, in particolare con l'interesse concreto del minore. Nella sentenza, la Corte richiama le riforme normative, nonché proprie precedenti pronunce e pronunce di legittimità e di merito, sulla base delle quali si ricava “da tempo, l'immanenza dell'interesse del minore nell'ambito delle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis*”. Ciò posto, la Corte specifica che la regola di giudizio che il giudice deve applicare è costituita da molte variabili, fra cui la durata del rapporto fra persona che ha riconosciuto e minore, la modalità del concepimento, della gestazione, l'esistenza di strumenti giuridici di tutela del legame fra minore e genitore sociale (e cita l'adozione in casi particolari), nonché l'elevato grado di disvalore che ha nel nostro ordinamento la maternità surrogata.

- in coerenza con i principi sanciti dalle risoluzioni del Parlamento europeo del 5 aprile 2011, del 17 dicembre 2015, del 13 dicembre 2016, del 12 dicembre 2018, del 26 novembre 2020 e del 17 febbraio 2022, nelle quali si ribadisce la condanna della maternità surrogata e

Nella **Risoluzione del 5 aprile 2011** sulle priorità e sulla definizione di un nuovo quadro politico dell'UE in materia di lotta alla violenza contro le donne il Parlamento europeo chiede “agli Stati membri di riconoscere il grave problema della surrogazione di maternità, che costituisce uno sfruttamento del corpo e degli organi riproduttivi femminili” (par. n. 20). Nella **Risoluzione del 17 dicembre 2015** sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2014 e sulla politica dell'Unione europea in materia il paragrafo n. 115, inserito all'interno del capitolo relativo ai Diritti delle donne e delle ragazze è dedicato al tema della maternità surrogata. Il Parlamento europeo, assumendo una posizione fortemente critica nei confronti delle pratiche di gestazione per altri, “condanna la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce; ritiene che la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani”. Nella **Risoluzione del 13 dicembre 2016** sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 il Parlamento europeo “condanna qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali” (par. n. 82). Nella **Risoluzione del 12 dicembre 2018**, Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2017 e sulla politica dell'Unione europea in materia il Parlamento europeo “chiede di introdurre chiari principi e strumenti giuridici per far fronte alle violazioni dei diritti umani correlate alla gravidanza surrogata;” (punto n. 48). Nella **Risoluzione approvata il 26 novembre 2020** sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea nel 2018-2019 il Parlamento europeo “condanna fermamente tutte le forme di violenza sessuale, ginecologica e ostetrica contro le donne, come atti inappropriati o non consensuali, interventi dolorosi senza anestesia, mutilazioni genitali femminili, aborti e sterilizzazioni forzati e maternità surrogata forzata (n.9).

Ed ancora, nella **Risoluzione del 17 febbraio 2022** sui diritti umani e la democrazia nel mondo e sulla politica dell'Unione europea in materia – relazione annuale 2021 il Parlamento europeo (nel par.60) “condanna la pratica commerciale della maternità surrogata, un fenomeno globale che espone le donne di tutto il mondo allo sfruttamento e alla tratta di esseri umani prendendo di mira, nel contempo, soprattutto le donne

finanziariamente e socialmente vulnerabili; evidenzia il suo grave impatto sulle donne, sui loro diritti e sulla loro salute e uguaglianza di genere, e sottolinea le sue implicazioni transfrontaliere; chiede un quadro giuridico europeo per affrontare le conseguenze negative della maternità surrogata a fini commerciali”;

Una chiara condanna della pratica della maternità surrogata per fini commerciali è stata espressa dal Parlamento europeo anche nella **Risoluzione del 5 maggio 2022** sull'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne.

- in conformità alla Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, ratificata ai sensi della legge 14 marzo 1985, n. 132, nonché alla Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176, e alla Convenzione supplementare relativa all'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù, ratificata ai sensi della legge 20 dicembre 1957, n. 1304.

L'articolo 3 infine introduce nel codice penale, all'articolo 600-*quinqüies*.1., il reato di *Surrogazione di maternità*. È punito con la **reclusione da quattro a dieci anni e con la multa da 600.000 euro a 2 milioni di euro** chiunque, in qualsiasi forma, commissiona, realizza, organizza o pubblicizza la surrogazione di maternità.

Rispetto alla analoga fattispecie contemplata dal comma 6 dell'articolo 12 della legge n. 40, il nuovo reato prevede un (in parte) differente ambito di applicazione: da un lato è punita anche la condotta di chi “commissiona” (e quindi i genitori committenti) e dall'altro è però esclusa la rilevanza delle condotte aventi ad oggetto la commercializzazione di gameti o di embrioni. Inoltre rispetto al reato vigente sono previste pene ben più elevate (reclusione da 4 a 10 anni multa da 600.000 a due milioni di euro; attualmente reclusione da tre mesi a due anni e multa da 600.000 a un milione di euro).

Si valuti l'opportunità di modificare l'articolo 12 comma 6 della legge n. 40 del 2004 in considerazione dell'introduzione del nuovo reato.

Il principio di proporzionalità della pena rispetto alla condotta sanzionata è un corollario del principio di offensività e, negli ultimi anni, è stato oggetto di numerose e rilevanti pronunce della Corte Costituzionale.

In forza del principio di proporzionalità l'interprete è tenuto a valutare l'intensità del pericolo o della lesione cagionata al bene giuridico tutelato, in relazione alle modalità della condotta punita, onde verificare se le conseguenze sanzionatorie che l'ordinamento ne fa discendere risultino proporzionate. Nella **sentenza n. 236 del 2016 la Corte Costituzionale** ha infatti affermato che “È costante, nella giurisprudenza costituzionale, la considerazione secondo cui l'art. 3 Cost. esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali”. La Corte, già in precedenti e più datate decisioni (Sentenza n. 50 del 1980) aveva evidenziato che “sussiste di regola l'esigenza di una articolazione legale del sistema

sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento individualizzato, < proporzionale >, delle pene inflitte con le sentenze di condanna. Di tale esigenza, appropriati ambiti e criteri per la discrezionalità del giudice costituiscono lo strumento normale. In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il < volto costituzionale > del sistema penale ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente < proporzionata > rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”.

“Laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta (**Sentenze nn. 251 e 68/2012**), del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa”. Una più recente conferma e applicazione del principio di proporzionalità si è registrata con riferimento alla **Sentenza n. 40 del 2019 della Corte Costituzionale**, intervenuta in materia di stupefacenti.

Anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale si valuti l'opportunità di rimodulare l'apparato sanzionatorio.

Il reato di surrogazione di maternità è perseguito anche se il fatto è commesso, in tutto o in parte, all'estero ai sensi dell'articolo 604 del codice penale.

È opportuno rilevare che ai sensi dell'articolo 604 c.p. le disposizioni della Sezione I (articoli 600 e ss) del Capo III del Titolo XII del Libro II del codice penale, nonché quelle di cui agli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies, si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero dallo straniero in concorso con cittadino italiano. In quest'ultima ipotesi lo straniero è punibile quando si tratta di delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e quando vi è stata richiesta del Ministro di grazia e giustizia.

Tenuto conto che il nuovo reato è disciplinato nell'articolo 600-quinquies.1., disposizione per l'appunto inserita nella Sezione I del Capo III del Titolo XII del Libro II del codice penale, ai fini della perseguibilità del reato all'estero può ritenersi pleonastico il riferimento all'articolo 604 c.p.

Il PM invia la formulazione dell'imputazione ai sensi dell'articolo 405 del codice di procedura penale al presidente del competente tribunale per i minorenni per ogni valutazione di competenza al fine della adottabilità del nato da maternità surrogata.

È sanzionato infine, ai sensi dell'articolo 567, secondo comma, del codice penale (alterazione di stato), il pubblico ufficiale che annoti nei registri dello stato civile il nato da maternità surrogata.

L'articolo 567 punisce, al primo comma, con la reclusione da tre a dieci anni chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile. Il secondo comma punisce invece chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità. Con riguardo al secondo comma occorre rammentare che la Corte costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità, "nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni".