

**Il reato di surrogazione di maternità secondo il DDL 824/2024:
riflessioni sull'estensione di punibilità per i fatti di maternità surrogata
commessi all'estero da cittadini italiani – criticità e prospettive *de iure
condendo*.**

di Riccardo Bambi*

Abstract IT: Il presente contributo intende offrire un primo sguardo di insieme sull'estensione di punibilità per i fatti di maternità surrogata commessi all'estero da cittadini italiani. Il DDL. 824/2024 persegue tale fine per il tramite dell'inserimento di una disposizione speciale di legge che così possa esser di rilievo per il dettato dell'art. 7 c.p. Nel cercare di cogliere le spigolature che l'inserimento di tale estensione ha e potrà avere a livello transfrontaliero, l'intento che si vuole perseguire è quello di offrire delle soluzioni *de iure condendo* a delle criticità di tale materia (vedasi il tema del perimetro dei soggetti attivi del reato, quello del concorso e quello della conciliabilità del raggio punitivo col bene – uno o più – giuridico tutelato dalla norma in esame) e, non da ultimo e consequenzialmente, degli spunti di rimodulazione della norma. Tali proposte di ricalibratura che si proporranno a fine del contributo, sono quindi dovute ad un nuovo ed ulteriore ripensamento della norma conseguito anche tramite i profili di approfondimento emersi nel parametrare la stessa con le norme penalistiche che governano il settore della responsabilità extraterritoriale.

Abstract EN: This contribution aims to provide an initial criminal law overview of the extension of criminal liability for surrogacy-related offenses committed by Italian citizens abroad. The bill/draft law 824/2024 seeks to achieve this goal by introducing a special provision that can be relevant to the interpretation of Article 7 of the Penal Code. In this paper, while attempting to highlight the nuances that the introduction of this extension might have, and could have, at the cross-border level, we will also try to offer solutions to some issues in the field (such as the scope of the active subjects of the crime, the issue of complicity, and the compatibility of the punitive scope with the legal interest – one or more – protected by the law under consideration). Lastly, and consequentially, the paper will propose suggestions for revising the law. These proposed revisions are the result of a new and further reconsideration of the

law, also prompted by insights gained from comparing it with criminal provisions governing extraterritorial liability.

Sommario: 1. Il DDL 824/2024: il testo della riforma a dialogo con la fattispecie incriminatrice ed i relativi elementi essenziali di essa. – 1.1. Il reato di maternità surrogata nella giurisprudenza di legittimità e costituzionale. Lo stato dell'arte. – 1.2. I fatti punibili: le ipotesi selezionate dal DDL 824/2024 ed il concetto di surrogazione di maternità all'interno della fattispecie incriminatrice. – 1.3. Le condotte di realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione. – 1.4. Il soggetto attivo. – 1.5. La norma calata nella sua estensione extranazionale: gli spunti di riflessione a fianco a dei possibili esempi di attuazione, i beni giuridici tutelati e le contraddizioni interne alla fattispecie. – 2. Spunti *de iure condendo*: dall'universale al nazionale e viceversa – ipotesi di rimodulazione armonica della fattispecie per una sua vigenza più equilibrata ovunque la si voglia applicare.

1. Il DDL 824/2024: il testo della riforma a dialogo con la fattispecie incriminatrice ed i relativi elementi essenziali di essa.

Il disegno di legge 824/2024¹, approvato in data 16.10.2024, si compone di un unico breve articolo (art. 1) con un solo comma che si riporta testualmente: “*Al comma 6 dell'articolo 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 surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana.»*”

La norma, dunque, aggiungendo un periodo alla fine del primo (ed unico) comma della L. 40/2004, intende punire:

- *I fatti del periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità.* È inciso con finalità selettive, posto che il comma 6 dell'art. 12 prevede una varietà di ipotesi punibili (vedasi quelle di commercializzazione di gameti o embrioni), non solo quelle della surrogazione di maternità.
- *Commessi all'estero*, dunque ove, per le normative vigenti (art. 4 c.p.)², non si possa parlare di territorio italiano.

* Avvocato del Foro di Firenze.

¹ Consultabile online su https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/DDLPRES/0/1385123/index.html?part=ddlpres_ddlpres1-articolato_articolato1.

² Art. 4 c.p. – Cittadino italiano – Territorio dello Stato.

Agli effetti della legge penale, sono considerati cittadini italiani [i cittadini delle colonie, i sudditi coloniali], gli appartenenti per origine o per elezione ai luoghi soggetti alla sovranità dello Stato e gli apolidi residenti nel territorio dello Stato.

Agli effetti della legge penale, è territorio dello Stato il territorio della Repubblica [, quello delle colonie] e ogni altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato. Le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello Stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera.

- Secondo *la legge italiana*, dunque secondo le pene di cui all'art 12 co 6 della L. 40/2004 e, più in generale, secondo il sistema penale italiano.
- Il *cittadino italiano* (soggetto attivo del reato – art. 4 c.p.).
Quindi, con maggiore dettaglio, si intende perseguire:
- Come soggetto attivo: *chiunque* – e vedremo *infra* a chi può destinarsi tale precetto.
- Come modalità della condotta: *in qualsiasi forma*.
- Come tipologia di condotta: la *realizzazione*, l'*organizzazione* o la *pubblicizzazione* della *surrogazione di maternità*.
- Come evento (?): la *surrogazione di maternità*.

1.1. Il reato di maternità surrogata nella giurisprudenza di legittimità e costituzionale. Lo stato dell'arte.

Prima di scendere *in medias res* sulla struttura della fattispecie in ottica di estensione di punibilità, inevitabile è una parentesi sul quadro giurisprudenziale relativo al reato in commento onde rilevare la solidità del crisma di liceità e legittimità in sé dello stesso.

Invero, l'iniziativa oggi finalizzata col DDL 824/2024 di aumentare l'estensione di punibilità del reato di surrogazione di maternità ha creato, come ha sempre fatto questa materia, un fitto dibattito, compreso quello di natura politica (in realtà tutt'altro che ultimo e residuale).

Perplessità sono state avanzate anche sulla sostanziale (in)giustizia di questa estensione.

Così come dubbi su di una sua potenziale tenuta costituzionale³.

Anticipando le conclusioni sul punto, ed in estrema sintesi, ad oggi il reato di surrogazione di maternità ha avuto avvallo nel nostro ordinamento da più di una fonte giurisdizionale, compresi i massimi consessi.

A livello sovranazionale non sono, del pari, ostacolate politiche che disincentivano i cittadini degli stati membri al ricorso alla maternità surrogata.

Diversamente, è stato opinato il metodo del riconoscimento dello *status filiationis*, ricorrendo alla pratica (pur applicata) dell'adozione in casi particolari, invitando (così ha fatto di recente la Corte Costituzionale) il legislatore ad intervenire sul punto fermi restando i divieti, ammessi, sulla maternità surrogata.

Il che, però, è il conseguente sviluppo riflessivo a valle (sacrosanto, considerata la massima delicatezza nel trattare una nuova vita e riconoscerle la più equilibrata veste familiare) del problema (a monte) che si vuole affrontare, ossia quello della maternità surrogata (e della sua legittimità).

³ Vedasi M. ZINCANI, *Il turismo procreativo non è un reato universale*, consultabile online su <https://www.giurisprudenzapenale.com/2024/10/22/il-turismo-procreativo-non-e-un-reato-universale/>, 22 Ottobre 2024.

A dire quindi che gli aspetti del nato da maternità surrogata e maternità surrogata in sé sono due sfere sì prossime, ma non coincidenti e che hanno diversificate sfaccettature di problematicità⁴.

In ogni caso, gli assunti sulla tenuta costituzionale della fattispecie in esame trovano oggi conferma nelle pronunce che, per completezza di esposizione, sotto si riporteranno (inserendo in nota le relative massime) procedendo in ordine cronologico dalle più recenti alle più risalenti, indicando quelle di maggior rilievo e non solo penali (in realtà rare sul punto), dunque coinvolgendo anche quelle civili (e costituzionali ovviamente) che, riunite, concorrono a delineare quell'interpretazione della norma che consente di solidificare gli assesti succitati. Ebbene, tra queste vedasi:

- Cassazione civile sez. un., 30/12/2022, n.38162, in tema di riconoscimento del ruolo del genitore di intenzione, secondo la quale il divieto interno di maternità surrogata ostacola il riconoscimento del provvedimento straniero che accerta il rapporto di filiazione del minore nato all'estero. In tale pronuncia non viene dunque eccepita la scelta del legislatore del mantenimento del reato di maternità surrogata anzi, viene sottolineato come questa sia posta a *presidio di valori fondamentali*, a contrasto della lesività *della dignità della persona umana*, oltre che *l'ordine pubblico internazionale*, (indipendentemente da finalità di lucro) e sia pratica che *offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*⁵.
- Corte Costituzionale, 09/03/2021, n.33, ove sono state dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale in relazione ad una varia serie di norme, non esclusa quella di cui all'art. 12 co. 6 l. 40/04, con la prospettiva focalizzata

⁴ Per una visione di insieme sullo *status filiationis* del figlio nato da maternità surrogata, in ottica internazionale v. R. SENIGAGLIA, *La circolazione dello status filiationis, discendente da pratica di maternità surrogata, costituito in Paesi extra UE e in paesi intra UE. Le ragioni di una soluzione differenziata*, in *Dir. fam. pers.*,3, 2024, 1285 ss.

⁵ Si riportano due massime per esteso:

“Il riconoscimento dell’efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla gestazione per altri e il genitore d’intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto assoluto di surrogazione di maternità, previsto dall’art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, volto a tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione non solo soggettiva, ma anche oggettiva; ne consegue che, in presenza di una scelta legislativa dettata a presidio di valori fondamentali, non è consentito al giudice, mediante una valutazione caso per caso, escludere in via interpretativa la lesività della dignità della persona umana e, con essa il contrasto con l’ordine pubblico internazionale, anche laddove la pratica della surrogazione di maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino”.

“Il ricorso ad operazioni di 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, pertanto, automaticamente trascrivibile in Italia il provvedimento giurisdizionale straniero, e di conseguenza l’originario atto di nascita, che indichino il genitore d’intenzione quale genitore del bambino, insieme al padre biologico che ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della “lex loci”.

sulla tutela e interesse del minore venuto alla luce a seguito di maternità surrogata a farsi veder riconosciuta, in Italia, una figura di genitore.

Come noto, è stato ritenuto non trascrivibile l'atto estero ove si enucleava come genitore quello di intenzione.

La tenuta di tale assunto, unitamente a quella del reato di surrogazione di maternità, è stata confermata, sollecitando, del pari, il legislatore ad individuare formule compatibili col nostro ordinamento al riconoscimento di questa genitorialità (non essendo pensata, e non essendo perfettamente conciliabile con queste ipotesi la disciplina dell'adozione in casi particolari). Secondo tale sentenza *“gli interessi del minore devono però essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità”*⁶.

- Cassazione penale, sez. III, 28/10/2020, n.5198, è pronuncia sulla quale si tornerà *infra* e che attiene ad una certa delimitazione del perimetro delle condotte (fatti) penalmente rilevanti in relazione alla descrizione di queste nell'ipotesi dell'art. 12 co. 6 l. 40/04. In sintesi, i giudici di legittimità escluderebbero dal

⁶ Se ne riporta una massima: *Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40, dell'art. 64, comma 1, lett. g), l. 31 maggio 1995, n. 218, e dell'art. 18 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, censurati per violazione degli artt. 2,3,30,31 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo e all'art. 24 CDFUE, nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico. Non v'è dubbio che l'interesse di un bambino accaduto sin dalla nascita da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia. Gli interessi del minore devono però essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo che secondo il diritto vivente impedisce la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti. La tutela del minore viene, in questo caso, assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosce la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino. Tuttavia, il possibile ricorso all'adozione in casi particolari 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 essa non attribuisce la genitorialità all'adottante, è ancora controverso se essa consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come tali, e richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico”, che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia. Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata — nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori — non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco (sentt. nn. 11 del 1981, 347 del 1998, 494 del 2002, 85 del 2013, 239 del 2014, 17, 76, 272 del 2017, 221 del 2019, 102 del 2020).*

campo del penalmente rilevante tutta una serie di fatti informativi, corrispondenza e simili, finalizzati ad ottenere dati circa la realizzazione della maternità surrogata (poi, in ogni caso, conclusa all'estero)⁷.

- Cassazione civile sez. un., 08/05/2019, n.12193, la quale, nell'avvallare il diniego alla trascrivibilità del provvedimento straniero di riconoscimento del rapporto di filiazione, ammette la possibilità di ricorrere alla figura dell'adozione in casi particolari (ipotesi, come si è notato, comunque posta in critica dalla Corte Costituzionale) rimarcando però la coerenza del diniego di maternità surrogata (qualificato come diniego di ordine pubblico) e della sua tenuta all'interno del nostro sistema anche *a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione*⁸.
- Cassazione penale sez. V, 10/03/2016, n.13525 che ha trattato del tema della doppia incriminabilità circa il reato di surrogazione di maternità. In questa pronuncia la Corte, nel confermare la sentenza assolutoria di merito, ha richiamato i contrasti giurisprudenziali circa la necessità (o meno), ai fini della punibilità in Italia, che il fatto sia previsto come reato anche nello Stato in cui è commesso, il che - traducendosi in un errore sulla portata applicativa della norma incriminatrice - esclude la consapevolezza, da parte dell'agente, della rilevanza penale della sua condotta⁹.

⁷ - Questa la massima: *“il divieto di realizzare, in qualsiasi forma, la surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40, comprende le condotte antecedenti ed eziologicamente collegate e funzionali alla maternità surrogata, che si perfeziona con la nascita a gestazione terminata. (Fattispecie in cui la Corte ha confermato la decisione di improcedibilità emessa dal giudice di merito in assenza di richiesta del Ministro della Giustizia, trattandosi di condotta integralmente realizzata da cittadini italiani in Ucraina - Paese che ammette la maternità surrogata eterologa - e non essendo avvenuta in Italia anche solo una parte dell'azione significativa ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p., non rilevando i contatti prodromici intrattenuti via "e-mail" al fine di valutare le possibili soluzioni, in quanto non ancora dimostrativi della decisione di ricorrere alla pratica vietata)”*.

⁸ Si riporta la massima della pronuncia citata, secondo la quale: *“Il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184 del 1983”*.

⁹ Questa la massima: *Non sussiste il reato di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 in caso di ricorso alla procedura di surrogazione di maternità in uno Stato dove esso sia consentito. La questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello Stato in cui fu commesso (cosiddetta doppia incriminabilità) è controversa in giurisprudenza. Tale circostanza assume sicuro rilievo ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta, in quanto l'errore investe la portata applicativa dell'art. 9 c.p. L'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità*

- Corte Costituzionale 10/06/2014, n.162 sulla ammissibilità della fecondazione eterologa (che lascia però permanere l'ipotesi di cui all'art. 12 co. 6 sulla commercializzazione di embrioni o gameti in caso di finalità lucrative)¹⁰.
- Sotto il versante sovranazionale (come pure rammentato nella succitata sentenza n. 5198/2020 della III Sezione Penale della Suprema Corte) il parere consultivo pronunciato il 10 aprile 2019 dalla Grande Chambre della Corte Edu, su richiesta della Corte di cassazione francese, *in occasione della prima applicazione del Protocollo n. 16 allegato alla Cedu 7, riconosce che rientra nel margine di apprezzamento di ogni Stato adottare politiche che scoraggino i propri cittadini dal ricorrere, recandosi all'estero, a pratiche procreative proibite nel proprio territorio, pur evidenziando l'incompatibilità con l'art. 8 Cedu di divieti assoluti di riconoscimento dello status filiationis derivante dagli effetti del suo mancato riconoscimento nei confronti di bambini nati a seguito di ricorso alla maternità surrogata*¹¹.

Operata questa breve, ma preliminarmente doverosa, panoramica sulla tenuta del reato di maternità surrogata *tout court* considerato nel nostro sistema, nel prosieguo del presente lavoro si vaglieranno quali potenziali criticità e, dunque, quali seguenti riflessioni, possa ingenerare l'inserimento dell'estensione territoriale di punibilità di tale fattispecie per come prospettata dal DDL 824. Per far ciò, si indugerà sinteticamente dapprima sull'attuale norma 'italiana' (dunque il primo periodo del comma 6 dell'art. 12 l. 40/04), per poi vedere come

di conoscenza della legge penale da parte di ogni consociato dovuta alla mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale.

Può configurarsi la scriminante dell'esercizio putativo del diritto nei confronti di chi, all'estero, ricorre a pratiche di maternità surrogata, in paesi dove è consentita.

¹⁰ Si riporta una delle massime: *Ritenuto che la scelta di una coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà riconducibile agli artt. 2, 3, e 31 cost. poiché concerne la sfera privata e familiare, e ritenuto, altresì, che la determinazione di avere, o meno, un figlio, concernendo anche la coppia assolutamente sterile e infertile, attiene alla sfera più intima ed intangibile della persona, umana, non può che essere intangibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, anche quando la determinazione sia esercitata mediante la scelta di ricorrere, a tale scopo, alla tecnica di p.m.a. di tipo eterologo, poiché anch'essa attiene a questa sfera, è costituzionalmente illegittimo l'art. 4 comma 3 l. n. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di p.m.a. di tipo eterologo, qualora sia stata diagnostica alla coppia una patologia che sia causa di sterilità od infertilità assolute ed irreversibili; sono altresì costituzionalmente illegittimi l'art. 9 commi 1 e 3 della stessa legge, limitatamente alle parole "in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3", nonché l'art. 12, comma 1 della medesima legge nei limiti di cui in motivazione*

¹¹ In tal senso v. Cass. Pen. Sez. III 5198/2020 che riporta la conoscenza del parere e lo adopera per argomentare sul punto. Parere consultabile presso https://www.questionegiustizia.it/data/doc/1920/advisory_opinion_recognition_domestic_law_legal_parent_child_relationship_child_born_gestatio.pdf. Per una visione di insieme sulla disciplina delle pratiche di surrogazione di maternità a livello internazionale, v. R. LA RUSSA, A.A. CAMPOLONGO, R.V. VIOLA, V. GATTO, M. SCOPETTI, A. SANTURRO, C. DI LASCIO, E. TURILLAZZI, P. FRATI, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2017, 683 ss.

il testo della riforma, a fronte di alcune ipotesi/*stress test* applicativi, possa muoversi al di fuori dei confini nazionali e quali le eventuali correlate criticità.

1.2. I fatti punibili: le ipotesi selezionate dal DDL 824/2024 ed il concetto di surrogazione di maternità all'interno della fattispecie incriminatrice.

Come accennato, il DDL si premura di delimitare il suo campo applicativo 'estensivo' ai soli fatti di maternità surrogata.

La tecnica lessicale scelta è l'inciso "con riferimento alla surrogazione di maternità" inserito appena dopo a "i fatti di cui al periodo precedente".

Ebbene, per usare le parole del DDL, il *periodo precedente* è l'attuale, vigente, comma 6 dell'art. 12 della L. 40/2004.

È un unico comma che contempla più fattispecie criminose.

Invero, tale norma dispone che "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro."

Pertanto, da una parte la norma punisce una serie di condotte, in qualsiasi forma realizzate, di realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della commercializzazione di gameti o di embrioni.

Dall'altra, le medesime condotte (sempre, pertanto, in qualsiasi forma realizzate di realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione) di surrogazione di maternità.

Tale isolamento dell'estensione ai fatti di maternità surrogata è dunque, e scontatamente, corretto nella misura in cui, delle due ipotesi di cui all'art. 12 co. 6, si è inteso punire, all'estero, solo quella di surrogazione di maternità.

Ciò posto, il terreno di confronto ed analisi dovrà quindi conseguenzialmente assestarsi sulla condotta, in qualsiasi modo eseguita, di *realizzazione, organizzazione, pubblicizzazione* della surrogazione di maternità.

Tale terreno non è di agevole percorso¹².

Invero la formulazione della norma è, a detta di autorevoli commentatori, affetta da evidente indeterminatezza che tocca, già *ab origine*, il concetto di maternità il quale, obiettivamente, può esser inteso in vario modo: ossia in termini medico biologici (la gestazione e le gravidanze), sociali o affettivi (maternità come relazione intima ed emotivamente coinvolgente tra la madre ed il proprio figlio)

¹² Per una ampia panoramica sugli argomenti trattati anche nel presente scritto, compresi i casi delle condotte tipizzate, sui reati alternativi o concorrenti contestabili (*alterazione di stato et alii*), e sui dei profili di applicabilità/inapplicabilità estera della fattispecie ante DDL 824, comprese valutazioni sul tema della doppia incriminabilità – cui si farà cenno nel prosieguo del presente lavoro – v. T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2017, 1391 ss.

oppure giuridico (maternità come *status* della madre, insieme di doveri e potestà che operano nel quadro di una relazione giuridica con il figlio – assieme col padre, ove presente)¹³.

Dai lavori preparatori ai recenti studi accompagnatori il DDL in commento, si ritiene, però, che dalle varie accezioni possibili, quella di maggior coerenza con gli stessi, sia quella relativa alla concezione intesa come un'intera gravidanza portata a termine da una donna diversa da altra la quale, in base ad un accordo, pretende di assumere in futuro il ruolo di madre del futuro bambino.

Il che, in affiancamento con l'ormai lecita condotta della fecondazione eterologa, perimetra il campo della surrogazione in quello ad oggi noto.

Come puntualmente rilevato “*possiamo pertanto concludere che rientrano nel concetto di “maternità surrogata” rilevante ai sensi del divieto posto dalla legge n. 40/2004 tutte le situazioni nelle quali, in virtù di uno specifico accordo, una donna si presta ad avere una gravidanza indotta in via artificiale e a partorire un figlio per conto di altri (un'altra donna, un uomo o — più frequentemente — una coppia). Sono pertanto due gli elementi che caratterizzano la fattispecie di maternità surrogata: il primo è che la gravidanza sia indotta ricorrendo a tecniche di procreazione medicalmente assistita; il secondo è che la gravidanza e la successiva cessione del frutto del concepimento rappresentino l'oggetto di un preciso impegno che la madre surrogata ha assunto con la coppia committente prima che avesse inizio la gestazione*”¹⁴.

Permarrebbe, ad avviso di chi scrive, un unico scrupolo penalistico: come, tecnicamente, intendere il concetto di surrogazione di maternità all'interno della fattispecie?

Surrogazione di maternità è insieme lessicale che contribuisce a dare nutrimento alla definizione della condotta, o è l'evento del reato?

La giurisprudenza non si è espressa, in dottrina si è però parlato della possibilità del tentativo (pur non spingendosi a ragionare in termini di evento)¹⁵ il che, per molti, presupporrebbe l'esistenza di un evento (la surrogazione di maternità appunto)¹⁶.

¹³In tal senso A. VALLINI, *Illecito Concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi e prassi*. Torino, 2012, 143.

¹⁴ In tal senso, letteralmente, T. TRINCERA, *Limiti spaziali*, cit., 1391 ss.

¹⁵ Sempre secondo A. VALLINI, *Illecito Concepimento*, cit., 144: “*La fase del semplice accordo si colloca in un momento puramente preliminare, inadatto a rilevare finanche nei termini di un tentativo, difficilmente potendosi riscontrare una “idoneità” ed “univocità” verso la realizzazione della pratica quando ancora alcuni dei soggetti coinvolti abbiano soltanto promesso, senza essersi materialmente sottoposti al protocollo medico (Il tentativo è però configurabile quando si concretizzano alcuni soltanto di quegli atti coordinati a definire un protocollo di procreazione assistita orientato alla surrogazione di maternità (si pensi al caso in cui, dopo la fecondazione, per una qualche ragione indipendente dalla volontà del medico l'embrione non possa essere impiantato)*”.

¹⁶ Sulle possibili letture dell'applicabilità (o meno) della disciplina del tentativo (art. 56 c.p.) alla diversa tipologia di reati (reati di evento, di pericolo concreto, di pericolo astratto) v., *ex plurimis*, A. MASSARO, *Sub art. 56 c.p.*, in G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2021, 784 ss.

Vero è che individuare ed ipotizzare un tentativo di organizzazione e pubblicizzazione (quando queste possono essere realizzate in qualsiasi forma, dunque non necessariamente in larga scala – condotte cui si tornerà *infra*) è arduo. Verrebbe da dire che, idealmente, quelle che potrebbero esser identificate come quelle tipiche da tentativo della realizzazione di surrogazione di maternità sarebbero già, concettualmente, assorbite dalle condotte (ergo non più inquadrabili in elementi di un delitto tentato) di organizzazione e pubblicizzazione.

In altri termini, difficile in fatto, anche se non impossibile in astratto, immaginare un tentativo di organizzazione e pubblicizzazione.

In ogni caso anche questo è un tema non marginale poiché, dalla corretta sua collocazione e concezione, dipendono l'applicazione di norme ancillari di natura premiale (vedasi i casi della desistenza volontaria, ex art. 56 co. 3 c.p., e del recesso attivo ex art 56 co. 4 c.p.)

Altro aspetto da soppesare, che però non sarà coltivato in questo scritto, è quello del momento di perfezione/consumazione del reato.

Quando si perfeziona il reato di surrogazione di maternità? Quando è completata anche la sola organizzazione? O anche la sola pubblicizzazione?

Si ritiene che la risposta possa esser affermativa, dunque il reato si può perfezionare anche solo commettendo un fatto completo, e tipico, di organizzazione o pubblicizzazione o realizzazione?

Secondo quanto riportato nella parte motiva della sentenza citata 5198/2020 della III sezione Penale della Corte di Cassazione, si richiederebbe la nascita a gestazione terminata.

Però, come autorevolmente fatto notare, non prive di pregio sono quelle ricostruzioni che ammetterebbero la perfezione del reato, nella sua variante di realizzazione, nell'instaurazione della gravidanza, (dunque nemmeno nella nascita), oppure nella consegna del bambino, oppure ancora, all'opposto, nella sola stipula del contratto col quale si "surroga" la maternità¹⁷.

In ogni caso, le condotte tipizzate per il reato di surrogazione di maternità, su cui si tornerà appena sotto, sono sganciate da ogni legame col concetto di lucro o profitto e ciò differentemente dalla diversa ipotesi inerente i gameti e gli embrioni sempre contenuta nel comma 6 dell'art. 12, la quale fa riferimento al concetto di commercializzazione.

Pertanto, gli aspetti prosaici non assumono rilievo in base alla fattispecie di surrogazione di maternità¹⁸.

¹⁷ A. VALLINI, *Illecito Concepimento*, cit., 143.

¹⁸ Il dato non stupisce considerata anche la nota sentenza della Corte Costituzionale, la n. 162/2014, di cui si riporta la massima: «Ritenuto che la scelta di una coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà riconducibile agli artt. 2, 3, e 31 cost. poiché concerne la sfera privata e familiare, e ritenuto, altresì, che la determinazione di avere, o meno, un figlio, concernendo anche la coppia assolutamente

1.3. Le condotte di realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione.

Come anticipato, tre sono le condotte tipizzate dalla fattispecie concretizzabili, secondo la stessa, in qualsiasi forma.

Esse sono l'organizzazione, la pubblicizzazione e la realizzazione della surrogazione della maternità.

Secondo autorevole dottrina, *“organizzare significa coordinare logisticamente mezzi, materiali e disponibilità umane per una più efficace attuazione di un protocollo di medicina riproduttiva attuativo di un progetto di maternità surrogata; “pubblicizzare” vuol dire promuovere quella medesima tipologia di intervento, in modo da convincere potenziali interessati”*¹⁹.

Circa la condotta di *realizzazione*, come anticipato accennando il tema dell'evento, labile si mostra il confine tra quando possa dirsi realizzata una surrogazione di maternità o, per meglio dire, quale sia il coefficiente minimo fattuale per il concetto di realizzazione.

Un appoggio (non estremamente solido) che ponga il concetto di realizzazione spostato più avanti rispetto all'accordo è il comma 10 dell'art. 12 che sancisce la sospensione o la revoca dell'autorizzazione a quelle strutture al cui interno vengono *eseguite le pratiche* di cui all'art. 12 stesso.

sterile e infertile, attiene alla sfera più intima ed intangibile della persona, umana, non può che essere intangibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, anche quando la determinazione sia esercitata mediante la scelta di ricorrere, a tale scopo, alla tecnica di p.m.a. di tipo eterologo, poiché anch'essa attiene a questa sfera, è costituzionalmente illegittimo l'art. 4 comma 3 l. n. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce il divieto del ricorso a tecniche di p.m.a. di tipo eterologo, qualora sia stata diagnostica alla coppia una patologia che sia causa di sterilità od infertilità assolute ed irreversibili; sono altresì costituzionalmente illegittimi l'art. 9 commi 1 e 3 della stessa legge, limitatamente alle parole “in violazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3”, nonché l'art. 12, comma 1 della medesima legge nei limiti di cui in motivazione».

A seguito di tale pronuncia, è seguita giurisprudenza penale di legittimità (C. Pen. Sez. III sentenza n. 36221/2019), la quale, appunto, conferma la vigenza del reato di commercializzazione di gameti o embrioni, non essendone abrogata la versione agganciata al lucro. A tal riguardo, per completezza di esposizione, si riportano le relative seguenti massime:

- *La l. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, all'esito della pronuncia della Corte costituzionale n. 162 del 2014, punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza l'acquisizione di gameti in violazione dei principi di volontarietà e gratuità della donazione.*
- *In tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (che necessita di donazione e trasferimento di gameti), l'incriminazione di cui all'articolo 12, comma 6, della legge 40/2014 deve essere interpretata, con riferimento al divieto di commercializzazione di gameti, alla luce della sentenza costituzionale n. 162/2014, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di fecondazione eterologa nei casi di sterilità o infertilità assolute e irreversibili. Pertanto sono punibili, in quanto costituenti la mercificazione della procreazione assistita, tutte le condotte dirette, in qualsiasi forma, alla produzione e circolazione dei gameti, remunerate con corrispettivo in rapporto sinallagmatico con la condotta di produzione, circolazione e immissione nel mercato, in violazione dei principi di gratuità e volontarietà della donazione di tessuti e cellule umane, sanciti dalla direttiva 2004/23/Ce, del Parlamento europeo e del Consiglio, attuata con d.lg. n. 191/2007.*

¹⁹ Così A. VALLINI, *Illecito Concepimento*, cit., 146.

La norma, pertanto, parla di esecuzione di una pratica che, francamente, è dicitura che comunica un di più rispetto ad un accordo.

All'atto pratico, però, il dato cambia poco il baricentro delle responsabilità, poiché difficile pensare che quell'accordo si ponga in una figura di tentativo della realizzazione (dunque più mitemente sanzionato) senza rientrare nel concetto di organizzazione (punito tanto quanto la realizzazione stessa).

Ed allora, come si indicherà a termine del presente lavoro, si riterrebbe comunque suggeribile una rivisitazione del singolo posizionamento di quelle condotte.

L'osservazione è, nella sua praticità, più agevolmente coglibile con un esempio: il soggetto che al contempo pubblicizza, organizza e realizza (e ben potrebbe farlo un sanitario) risponderebbe solo di un reato? Quindi avrebbe la medesima pena di colui che solo, ad esempio, pubblicizza senza poi organizzare e realizzare?

Un'eventualità del genere non sarebbe invero un debutto nello scenario del diritto penale.

Si pensi, ad esempio, al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale (di cui, originariamente, all'art. 216 co. 1 n. 1 L. Fall., oggi 322 co. 1 n. 1 Codice della Crisi) ove vengono puniti i fatti di distrazione, occultamento, dissimulazione o dissipazione dei beni dell'imprenditore fallito (oggi in liquidazione giudiziale). Ebbene, tutto un certo sviluppo giurisprudenziale ha individuato in queste delle condotte c.d. fungibili, sostanzialmente interscambiabili tra loro, con la conseguenza che, se realizzate in più di una, cagionano un unico reato senza perciò applicare la disciplina del concorso dei reati.

Processualmente, tali assunti mettono però in forte crisi il concetto ed il principio, cardine nel nostro ordinamento, della correlazione tra sentenza e contestazione ex art. 521 c.p.p. (senza contare, all'atto pratico, e ciò varrebbe anche per la fattispecie in esame, le implicazioni difensive: come dovranno esser contestati questi reati? Si potrà contestare indistintamente una realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione? O, data la fungibilità, basterebbe la contestazione di una sola condotta? Ed in questo caso, ci si dovrà difendere solo da questa o dalle altre *fungibili*? Invero, non si può *ictu oculi* dubitare dell'eclatante differenza tra *organizzare*, *pubblicizzare* e *realizzare*).

Sempre in tema di bancarotta, ad avviso dello scrivente in modo coerente, è stato ravvisato un unico reato per queste condotte alternative qualora le stesse siano poste in essere avanti ad un unico fatto fondamentale, in una sorta di contestualità ed immediata successione cronologica che, ove non presente, manifesterebbe uno scenario diverso, con diverse ipotesi criminose cui applicare la disciplina del concorso dei reati (nei reati di bancarotta di possibile unificazione ex art. 219 L. Fall. oggi 326 CCII)²⁰.

²⁰ Sulle digressioni su questi aspetti in tema di bancarotta vedasi, *ex plurimis*, G.L. SOANA., *I reati fallimentari, seconda edizione*, Milano, 2021, pp. 109-112, con dottrina e giurisprudenza *ivi* citate.

Tornando alla realizzazione, siccome si richiede una esecuzione meglio qualificata come vera e propria realizzazione della pratica, non già, come in rapporto ad altri illeciti, quale semplice “applicazione”, si può ragionevolmente ritenere che il legislatore voglia far riferimento al compimento del protocollo, sicché il reato si perfeziona con il trasferimento in utero dell’embrione o con l’inseminazione, a seconda che si sia fatto ricorso ad una tecnica extracorporea o intracorporea.

Selettivo delle responsabilità sarà specialmente l’elemento soggettivo.

Siccome trattasi di reato doloso, *potrà risponderne esclusivamente chi sappia che quello in atto non è soltanto una pratica di medicina riproduttiva, bensì l’esecuzione di un disegno condiviso di surrogazione*²¹.

Detto ciò, sulle condotte va rilevato come la giurisprudenza di legittimità abbia toccato o, per meglio dire, lambito proprio quei punti cui poco sopra si faceva cenno (ossia sulla rilevanza delle diverse contestazioni/condotte e sui diversi perimetri dell’una rispetto alle altre).

Invero, la non così determinata formulazione della fattispecie ha fatto non poco discutere proprio in termini di fatti prossimi, per così dire, alla commissione stessa di una condotta.

Ci si riferisce a tutta quella fisiologica parte informativa/divulgativa che può anticipare la siglatura di un accordo orientato alla surrogazione di maternità.

È tematica attuale e non di così peregrina attuazione, considerato che una coppia italiana, nella volontà di seguire un percorso di maternità surrogata, è ben fisiologico che inizi a ‘corrispondere’ coi medici e con le strutture estere ove la pratica è consentita al fine di formare una propria volontà.

Con la già citata sentenza n. 5198/2020 la terza Sezione Penale della Suprema Corte ha sancito che l’epistolario con la struttura estera utile all’assunzione di informazioni rilevanti ai fini delle determinazioni collegate al percorso, da intraprendersi all’estero, di maternità surrogata, non integri quella frazione di condotta rilevante ex art. 6. C.p. (norma sulla quale si tornerà profusamente più avanti) poiché non ancora dimostrativo della decisione di ricorrere alla pratica vietata.

Nella parte motiva si denotano alcuni ulteriori connotati della vicenda, ossia come “*i contatti iniziali con la clinica volti alla conoscenza delle modalità attraverso le quali si sarebbe potuto conseguire la surrogazione di maternità, erano da ritenersi al di fuori della fattispecie tipica, la cui condotta è imperniata sul concetto di "realizza", mentre i fatti successivi, tra cui la trascrizione in Italia dell’atto di nascita, costituivano condotta susseguente al reato già commesso all’estero e, stante l’assenza della richiesta del Ministero della giustizia, prevista dall’art. 9 c.p., comma 2, l’azione penale non poteva essere iniziata.*”²²

²¹ In tali termini, testualmente, A. VALLINI, *Illecito Concepimento*, cit., 145.

²² La Corte non manca di indugiare anche su degli aspetti di natura sovranazionali (succitati) inerenti la tenuta, per così dire, del reato di maternità surrogata, riportando il parere della Grand Chambre interessata dalla Corte di Cassazione francese.

La Corte, così esprimendosi, nell'escludere quei fatti da quelli penalmente rilevanti per la fattispecie in esame, sembra soffermarsi solo sulla condotta di realizzazione, diversamente da quella di organizzazione o pubblicizzazione.

E difatti, nella parte motiva, si fa proprio riferimento alla sola processuale contestazione della condotta di realizzazione, e ciò poiché: *“La decisione impugnata, tenuto conto del perimetro della contestazione come descritta nel capo di imputazione, misurandosi con queste, ha così selezionato le condotte integranti la fattispecie di "realizza" nei termini sopra indicati, ancorati ai dati di fatto e in rapporto alla contestazione elevata (cfr. pag. 7 della sentenza impugnata), escludendo le condotte non direttamente e inequivocabilmente funzionali a realizzare la maternità surrogata che si perfeziona, secondo la sentenza impugnata, con la nascita a gestazione terminata, ovvero con l'evento della condotta di "realizza", così da circoscrivere e delimitare il contenuto della fattispecie tipica entro limiti di riconoscibilità della fattispecie e prevedibilità delle conseguenze penali della condotta. Poiché la condotta si era integralmente consumata in territorio straniero, in assenza di richiesta del Ministero della Giustizia, il reato commesso dai cittadini italiani all'estero non era procedibile ai sensi dell'art. 9 c.p., comma 2, non essendo avvenuta in Italia anche solo una parte dell'azione ai sensi dell'art. 6 c.p., comma 2.*

Alla stregua della ricostruzione operata dal giudice del merito (cfr. par. 5 supra) ancorata alla contestazione mossa agli imputati, come descritta nel capo di imputazione, il ricorrente (il Procuratore Generale n.d.r.) sollecita, senza allegare un travisamento probatorio per omissione, una verifica fattuale degli atti, che non può avere ingresso in questa sede, diretta alla individuazione di un segmento della condotta che sarebbe stata commessa in Italia, segmento di condotta neppure contestata, dal punto di vista fattuale, nel capo di imputazione. Così motivando, la Corte ha pertanto sancito come le condotte oggetto della vicenda processuale che l'hanno interessata, da una parte, non possano avere rilievo per la condotta (contestata) della realizzazione, non escludendo, tra le righe e quasi come un *obiter dictum*, di poterlo invece avere per le altre (vedasi organizzazione e pubblicizzazione).

La pronuncia, seppur indirettamente, tocca quindi l'evocato tema della differente tipologia di condotta alla prova del principio della correlazione tra contestazione e sentenza.

Alla luce di quanto sopra, seppure concettualmente i limiti della nozione delle condotte di organizzazione, pubblicizzazione e realizzazione siano individuabili, più arduo, alla prova del processo, è la loro netta applicazione, posto che, di per certo, non si potrà contestare il tutto tanto per non cadere in errore.

Così come, differentemente dall'esempio del delitto di bancarotta, le condotte risultano con ben pochi caratteri di omogeneità l'una con l'altra e, forse di più, ben si diversificano in termini di progressione criminosa.

In due parole: tutto sono meno che un sinonimo l'una dell'altra (dunque, concettualmente, assai meno fungibili rispetto a quelle descritte nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale preso ad esempio).

Se così è, e per come si avrà modo di proporre alla fine del presente scritto, si ritiene non ultronea una riflessione anche sull'attuale presentazione letterale e sintattica delle condotte del reato che ci occupa.

1.4. Il soggetto attivo.

La norma non tipizza il soggetto attivo del reato, facendo riferimento a chiunque.

I non così certi confini del fatto tipico, ancor meglio delle condotte realizzanti lo stesso, sfumano anche le certezze sul destinatario (o sui destinatari) del precetto penale.

Come recentemente (e correttamente) riportato dal dossier del servizio studi parlamentare relativo alle disposizioni in materia di maternità surrogata²³, non è escludibile che tra i soggetti attivi dei reati vi possano esser anche ben ulteriori figure rispetto ai sanitari che “realizzano” la pratica di maternità surrogata, dunque anche i committenti, la madre sostitutiva o prestatrice d'utero, gli eventuali terzi donatori (in ogni caso, è diversamente ed *aliunde* punita anche l'ipotesi della cessione a terzi di un figlio ove può ravvisarsi l'alterazione di stato, forse affidamento illecito, eludendo le disposizioni in tema di affidamento ed adozione – art. 71, co. 1 e 3, l. n. 184/1983; secondo certe interpretazioni, riduzione in schiavitù, eventualmente in concorso, laddove si abbia una vera e propria compravendita)²⁴.

In ogni caso, e ciò è testuale, a differenza delle altre ipotesi criminose contemplate dalla l. 40/04 e, nello specifico, dall'art. 12 (che, nei commi che lo compongono, ne contiene altre e diverse rispetto alla surrogazione di maternità di cui all'art. 6), l'esclusione di punibilità di cui all'art. 12 co. 8, per la quale non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5, non si applica, e continuerebbe a non applicarsi, alle ipotesi di maternità surrogata (in ogni luogo essa sia stata posta in essere) considerato che il dettato di cui al comma 8 menziona fattispecie criminose contenute in altri commi, e non quella della surrogazione di maternità contenuta nel comma 6.

²³ Elaborato XIX legislatura - Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 824 - Disposizioni in materia di maternità surrogata - Edizione provvisoria - ottobre 2024 n. 169/1 - ufficio ricerche sulle questioni istituzionali, sulla giustizia e sulla cultura. Consultabile online al seguente indirizzo: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01429703.pdf>.

²⁴ Anche secondo A. VALLINI, *Illecito Concepimento*, cit., 145, questi potrebbero rispondere a titolo di concorso del reato, in un'ottica di visione della condotta più strettamente e, per così dire, direttamente collegata alla figura del sanitario. Va pur detto, *tranchant*, che, all'atto pratico, poco o nulla a fini punitivi cambierebbe assumere le vesti del concorrente o dell'autore diretto (ancorché, a sommosso avviso dello scrivente, coerenza sistematica e letterale vorrebbe che questi siano individuati quali soggetti attivi del reato *tout court*).

Pertanto, ed è rilievo doveroso da rimarcare, il legislatore, allorché nel compendio della L. 40/04 ha voluto delimitare la portata dei destinatari lo ha saputo fare.

Il dato che non si sia espresso in tema di surrogazione di maternità è, testualmente, un (l'unico?) dato davvero concreto che possa consentire di affermare che la fattispecie di surrogazione di maternità sia reato comune ove tutti ne possono rispondere compresi, pertanto e come suaccennato, anche i committenti e la gestante.

Il che, per quel che si esporrà nell'immediato prosieguo, potrebbe avere notevoli effetti anche in ottica transfontaliera.

Prima di chiudere questa breve digressione sul soggetto attivo del reato, merita un ulteriore accenno su un'altra persona che, nei fatti, è di per certo implicata in queste dinamiche.

È la persona giuridica, ossia la struttura ove si può realizzare la surrogazione di maternità (o, diversamente ed ulteriormente, gli altri enti che possano con essa o indipendentemente da essa, pubblicizzare o organizzare tale pratica).

Delle strutture si occupa l'art. 12 co. 10 l. 40/2004, per il quale “L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata²⁵.”

Preciando dalle opinioni sull'opportunità o meno di perseguire gli intenti punitivi del legislatore sul punto, ma al sol fine di operare un'osservazione di coerenza di tali fini a dialogo col nostro tessuto normativo, va pur detto che il delitto oggi in commento (così come gli altri contenuti nella L. 40/04) non figura tra i reati presupposto utili per far scattare la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti da reato ex D.lgs. 231/2001.

Eppure, tale *corpus* normativo comprende non solo reati societari o legati *scripto sensu* al diritto penale d'impresa o dell'economia, ma anche taluni relativi alla tutela della persona o, comunque, del singolo²⁶.

Non solo, il sistema della responsabilità amministrativa dell'ente del reato contiene una specifica ipotesi di punibilità transfontaliera.

Difatti, il relativo art. 4²⁷ è rubricato *Reati commessi all'estero* e prevede che:

1. *Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale (cui torneremo infra), gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche*

²⁵ Al comma 9 dell'art. 12 si rinviene la sanzione accessoria per il sanitario, per la quale “È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7.”

²⁶ Si pensi ai delitti contro la personalità individuale previsti dalla sezione I del capo III del titolo XII del libro II del codice penale, a quelli di omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, o alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili.

²⁷ Sulla ratio dell'art. 4 v. F. D'ARCANGELO in T. EPIDENDIO, A. BASSI, F. D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Milano, 2020, 67.

in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.

2. Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministro della giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo.

L'assenza tra i c.d. reati presupposto di quelli cui al compendio sanzionatorio penale della L. 20/2004 fa cadere, di immediata attualità almeno, le potenziali relative riflessioni applicative.

Permane però, come accennato, quella sull'opportunità, in linea con quella seguita dal legislatore, di inserire quelli di cui alla L. 40/2004 tra i reati presupposto ex D.lgd. 231/2001, e ciò non solo sul solco della gravità della fattispecie (sottolineata forse più per rimarcati principi giurisprudenziali che per correlata parafrasi normativa) ma, vieppiù, per il plastico rilievo che fatti come pratiche di surrogazione di maternità tutto sono meno che dinamiche *self made* essendo, diversamente, indiscutibilmente legate a strutture (enti) di alta specializzazione.

1.5. La norma calata nella sua estensione extranazionale: gli spunti di riflessione a fianco a dei possibili esempi di attuazione, i beni giuridici tutelati e le contraddizioni interne alla fattispecie.

I casi ipotizzabili in questa prospettiva non più solo nazionale potrebbero essere tanti.

Ed allora, come accennato *in incipit*, si procederà idealizzando alcuni *stress test* (esempi) applicativi della norma fuori dai confini nazionali.

Facendo breve ed anticipato accenno alle conclusioni, si può sostenere che, ciò che potrebbe esser consigliato in ottica futura sia una rimodulazione della fattispecie rispetto a come oggi scritta ed a prescindere dall'addenda estensiva di cui al DDL, poiché la norma penale che incrimina la surrogazione di maternità, se si affronta l'argomento in scienza e coscienza in totale obiettività, ha davvero delle intrinseche contraddittorietà da non poter lasciare in un angolo in attesa che la giurisprudenza ci metta mano.

Detto ciò, si tenti, pertanto, un ragionamento sui seguenti esempi: si ipotizzi una coppia formata da un cittadino italiano ed una cittadina estera che realizzano fatti di surrogazione di maternità in tutto o in parte in Italia per poi finalizzarli, magari, in un altro paese ove la pratica è consentita – la cittadina estera ne risponderebbe?

Ed il medico ucraino (paese ove è consentita tale pratica) che attui la surrogazione di maternità a quella coppia, oppure ad una coppia di italiani, oppure a una coppia di esteri ma con gestante cittadina italiana, ne risponderebbe?

Per rispondere a tali quesiti, doverosa è una parentesi sulle norme penali che governano la materia della responsabilità secondo la legge penale italiana all'estero.

Secondo l'art. 6 c.p. (già evocato nella pronuncia succitata in tema di condotte 'preparatorie'):

- *“Chiunque commette un reato nel territorio dello stato, è punito secondo la legge italiana. Il reato si considera commesso nel territorio dello stato quando l'azione o l'omissione che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, oppure si è verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione o dell'omissione”.*

L'art. 3 del codice penale, nel sancire il principio di obbligatorietà della legge penale, dispone poi che:

- *“La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale. La legge penale italiana obbliga altresì tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano all'estero, ma limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale.* Nell'ultimo comma dell'art. 3 c.p. v'è pertanto un diretto riferimento all'ipotesi ove la legge penale italiana possa applicarsi anche all'estero, al cittadino italiano o allo straniero che si trovino all'estero, nei casi stabiliti dalla legge medesima (o dal diritto internazionale).

Tra questi vi sono senza dubbio quelli di cui all'art. 7 c.p., che disciplina la responsabilità secondo la legge italiana del cittadino o lo straniero che commette certi reati all'estero.

È questo il veicolo di ampliamento della punibilità all'estero dell'ipotesi di maternità surrogata.

La norma individua al suo comma 1 una serie di casi, lasciando però, come ipotesi aperta, quella di cui al n. 5 per la quale è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero: *“ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana”.*

Dunque, l'art. 7 per certi tipi di reati (quelli disciplinati dal n. 1 al n. 4 del comma 1) punisce chiunque e ovunque li abbia commessi.

Trattasi dei delitti contro la personalità dello Stato; della contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto; della falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato o valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano, o delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni.

Per quanto, invece, al riguardo delle ipotesi residuali contemplate nella loro possibilità d'esser dal n. 5 dell'art. 7 co. 1 c.p., va anticipato che le stesse, diversamente da quelle disciplinate dai punti antecedenti, non si muovono tutte allo stesso modo.

Vale la pena di citarne alcune posto che ciò sarà utile per delle valutazioni comparatistiche con la norma approvata dal DDL.

Tra i casi in rilievo ex art 7 co. 1 n. 5, vedasi i seguenti:

- Art. 1080. Codice della navigazione (Applicabilità delle disposizioni penali), secondo il quale *“Il cittadino o lo straniero, che, essendo al servizio di una nave o di un aeromobile nazionale, commette in territorio estero un delitto previsto dal presente codice, è punito a norma del medesimo. Il colpevole che sia stato giudicato all'estero è giudicato nuovamente nello Stato, qualora il ministro della giustizia ne faccia richiesta.*

Le disposizioni penali di questo codice non si applicano ai componenti dell'equipaggio e ai passeggeri di nave o di aeromobile stranieri, salvo che sia diversamente stabilito.”

Come si può evincere, a differenza della norma in commento, in questo caso il legislatore ha fatto espresso riferimento alla possibilità di punizione non soltanto del cittadino italiano, ma anche dello straniero.

Interessante poi, per le riflessioni che si svolgeranno *infra*, anche citare l'art. 1081 del Codice della navigazione.

È norma stimolante, che tocca il tema del concorso nel reato proprio, in questo caso giustamente rimodulata in ottica, per così dire, estera.

In base alla stessa *“fuori del caso regolato nell'articolo 117 del codice penale, quando per l'esistenza di un reato previsto dal presente codice è richiesta una particolare qualità personale, coloro che, senza rivestire tale qualità, sono concorsi nel reato, ne rispondono se hanno avuto conoscenza della qualità personale inerente al colpevole.*

Tuttavia il giudice può diminuire la pena rispetto a coloro per i quali non sussiste la predetta qualità.”

È avviso di natura personale, ma conforta rileggere norme siffatte, poiché le stesse, con linguaggio chiaro, danno anche la piena contezza della consapevolezza del tessuto normativo ove si vanno ad inserire, giocando di anticipo su aspetti scivolosi e, all'uopo, inserendoci una coerente soluzione, come questa che rettifica, in modo assai equilibrato, quello che potrebbe essere lo scenario applicativo dell'art. 117 c.p. in versione estera.

Ebbene, a differenza di quella che, manualisticamente (ancorché la recente giurisprudenza sia di parziale diverso avviso) viene presentata come un'ipotesi di responsabilità oggettiva, il codice della navigazione, ne circoscrive l'applicabilità non a prescindere dalla conoscenza o meno della qualità personale ma, differentemente, solo in presenza di una conoscenza della stessa (come, per ragionare di altri frangenti, si può pensare per le condizioni obiettive di punibilità di tipo intrinseco allorquando, al verificarsi della stessa, si ritiene vi debba esser presente nella sfera rappresentativa del soggetto della stessa la previsione o la consapevolezza della possibilità di realizzazione di quell'evento cui dipende quella condizione di punibilità²⁸).

Nel caso che ci occupa, la norma di cui alla novella del DDL fa riferimento solo al cittadino italiano (quindi è una selezione che tipizza il soggetto attivo del reato facendolo diventare, nella nuova ipotesi del DDL e, dunque, in ottica

²⁸ Vedasi per i reati fallimentari il fallimento – oggi la liquidazione giudiziale.

transfrontaliera, reato proprio del cittadino italiano), senza invece far menzione alcuna ai temi del concorso.

- Altra ipotesi ex art. 7 co. 1 n. 5 è l'aggotaggio, di cui all'art. 501 c.p. ove la clausola che espande la punibilità all'estero è racchiusa nel quarto comma, secondo il quale *“Le pene stabilite nelle disposizioni precedenti si applicano anche se il fatto è commesso all'estero, in danno della valuta nazionale o di titoli pubblici italiani.”*

Anche in questo caso l'estensione riguarda tanto il cittadino italiano, quanto lo straniero.

- Stessa cosa dicasi in tema di estensione di punibilità dei delitti contro il patrimonio culturale italiano di cui al Libro II - titolo VIII bis del codice penale, ove all'art. 518-noviesdecies viene sancito come *“Le disposizioni del presente titolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero in danno del patrimonio culturale nazionale.”*

In questo caso ne risponderebbe non solo il cittadino italiano, ma anche l'estero.

- Altro caso è l'art. 537 c.p., ossia la tratta di donne e di minore commessa all'estero, ove la norma di estensione dispone che *“i delitti preveduti dai due articoli precedenti sono punibili anche se commessi da un cittadino in territorio estero.”*

In questo caso trattasi di rendere punibile solo il cittadino italiano.

- Altro ancora è l'art. 591., ossia l'abbandono di persone minori o incapaci, ove al secondo comma si fa riferimento all'estensione di punibilità, secondo la quale *“Alla stessa pena soggiace chi abbandona all'estero un cittadino italiano minore degli anni diciotto a lui affidato nel territorio dello Stato per ragioni di lavoro.”*

Ove qui è punito chiunque a patto che il fatto dell'abbandono all'estero riguardi un minore italiano affidatogli in Italia per ragioni di lavoro.

Come sopra riportato, il DDL, invece, si esprime nei seguenti termini *“Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana”*.

Il secondo periodo dell'art. 12 co. 6, diversamente da taluni casi di estensione di punibilità citati e rientranti nell'orbita dell'art. 7 n. 5, non comprende l'italiano e lo straniero, né adopera una formula aperta (“chiunque”) che abbracci entrambe le categorie.

Il nuovo periodo del comma sesto, così come approvato dal disegno di legge, fa riferimento, esclusivo, al cittadino italiano.

È dunque, come accennato, reato proprio del cittadino italiano ed è tipizzazione comprensibile e ragionevole posto che, diversamente, si sarebbe finiti per incriminare (ingiustamente) soggetti esteri che, ove sia consentito, stiano né più né meno svolgendo attività lecite.

Né a ciò potrebbe obiettare il comma secondo dell'art. 6 c.p. (reati commessi nel territorio dello stato), posto che, ad esempio, il medico che opera in un paese estero ove la pratica è lecita non avrebbe, in alcun modo, posto in essere neppure quella frazione di azione od omissione ‘italiana’ che costituisce il reato *de quo*, né avrebbe concorso o causato l'evento del reato in Italia.

Nemmeno sarebbe punibile ex art 10 c.p. (delitto comune dello straniero all'estero)²⁹ nell'ipotesi in cui la coppia dei richiedenti sia totalmente formata da cittadini esteri o quando lo siano i committenti (o c.d. genitori di intenzione) o la gestante considerato che il cittadino italiano, al momento a prescindere dal concetto di danno/offesa, non avrebbe subito lesione alcuna considerati i protagonisti dell'ipotesi ora in parola (tutti stranieri – invero, come si vedrà, uno dei requisiti di applicabilità di tale norma è la tipizzazione del destinatario del danno, ossia Stato italiano o un cittadino italiano).

Facendo ancora riferimento all'art. 10 c.p., si potrebbe però rievocare un esempio succitato, ossia quello del medico ucraino che, nel proprio paese, pratici la procedura di surrogazione di maternità con gestante (quindi con donna che cede il suo utero per la sola gestazione) cittadina italiana (in queste ipotesi poniamo di operare a prescindere dal 'requisito' della doppia incriminabilità, che vorrebbe che il medesimo fatto sia considerato reato tanto nel paese d'origine - nel nostro caso l'Italia - che all'estero - negli esempi l'Ucraina – posto che v'è una linea di pensiero tutt'altro che peregrina che riterrebbe irrilevante tale requisito per gli esempi presi in considerazione)³⁰.

Ebbene, si ritiene che la cittadina italiana, residente in Ucraina, che si presta a ciò, per quanto succitato in termini di soggetti attivi del reato di surrogazione di maternità, possa rispondere ex art. 12 co. 6, nella sua formulazione attuale così come estesa ex DDL 824: è cittadina italiana, sta realizzando o concorrendo a realizzare la maternità surrogata, non è esclusa la sua punibilità ex art 12 co 8 L. 40/04 e, pertanto e richiamando quanto appena sopra ribadito in tema di soggetti attivi del reato, potrebbe rientrare tra i destinatari del precetto penale in commento.

V'è da comprendere se il medico straniero che applica alla gestante italiana all'estero tale pratica ne risponda o meno.

A tal riguardo dovrebbe trovare applicazione l'art. 10 c.p. (delitto comune dello straniero all'estero).

La norma, come succitato, principia con una clausola di riserva, ossia fuori dai casi di cui all'art. 7 e 8 c.p., ed è l'ipotesi che ci interessa perché, da una parte, non si tratterebbe di delitto politico commesso all'estero (art. 8 c.p.) da altra

²⁹ Il cui co. 1 dispone che *“Lo straniero, che, fuori dei casi indicati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce [la pena di morte o] l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del Ministro della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa”*.

³⁰ In tal senso v. S. APRILE, *Sub artt. 6-14 c.p.*, in *Codice Penale commentato*, dir. da E. DOLCINI e G.L. GATTA, T. I, *Artt. 1- 240-bis*, Milano, 2021, 247, ove l'A., dopo una disamina completa, propende per la preferibilità dell'opinione di coloro che escludono, ai fini dell'applicazione della norma citata, ossia l'art. 10 c.p. la portata generale del principio di doppia incriminazione per i fatti commessi all'estero a norma degli artt. 9 e 10 c.p., riconoscendone pertanto una portata limitata alle ipotesi di cui al c. 3 dell'art. 9 e al c. 2 dell'art. 10).

parte non si ricadrebbe nell'ipotesi di cui all'art 7, per come richiamante l'art. 12 co 6 ultimo periodo ex co. 1 n. 5 e ciò poiché, nella novella di cui al DDL, per come già detto, si parla solo di estensione dedicata e ristretta al "cittadino italiano". Spiegate le ragioni per le quali si dovrebbe menzionare l'art. 10 c.p., v'è da capire se l'ipotesi e l'esempio in commento possa esser soggetto all'applicazione della norma che punisce i delitti comuni dello straniero all'estero.

Si ritiene di no, con una certa riserva.

La ragione della risposta negativa sta, ad oggi, in più di una ragione.

In primo luogo, il delitto di cui all'art. 12 co. 6 è punito con la reclusione da 3 mesi a 2 anni (oltre alle ben note e gravi sanzioni pecuniarie) mentre l'art. 10 c.p. prevede, per la sua applicazione, quanto meno la reclusione nel minimo a un anno.

Ma se, per pura ipotesi, il legislatore dovesse inasprire le pene di cui all'art. 12 co 6 L. 40/2004, aumentandole (anche nel minimo così portandolo a un anno), tale elemento ostativo cadrebbe.

Ne potrebbe ora quindi rispondere il medico?

Ed ecco la risposta negativa con qualche 'se e ma' in più.

In effetti l'art. 10 c.p. punisce quei fatti a danno dello Stato o di un cittadino e sempre che vi sia richiesta del ministro della Giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa e la presenza dell'autore (straniero) del fatto sul territorio italiano³¹.

Nell'ipotesi di presenza dello stesso (il medico ucraino viene in Italia) e di istanza/querela (da parte di chi? Della gestante da ritenersi persona offesa da reato?) sarebbe punibile questo fatto?

E qui v'è da capire quale sia il reale perimetro del bene giuridico tutelato dalla norma in esame (ossia dal reato di surrogazione di maternità).

Tentando una non semplice esegesi sul punto, si può sinteticamente affermare quanto segue anche alla luce delle sentenze succitate intervenute nel tempo in tema.

Di per certo la dinamica che connota la surrogazione di maternità è di legittimo interesse (anche punitivo) dello Stato.

E ciò, a più riprese, è stato ben sancito dalle varie pronunce di legittimità e costituzionali.

Ma interesse non è titolarità del bene giuridico penalisticamente inteso.

Ed infatti, a fianco del rilievo dell'interesse del legislatore a normare tali accadimenti, si fa, diversamente, sempre riferimento alla dignità della donna, al bilanciamento degli interessi tra minori e genitorialità, quale asse di diritti sui

³¹ Si ritiene, anche per quanto si dirà nel prosieguo del lavoro, che quel concetto di danno di cui alla prima parte del comma primo dell'art. 10 c.p., non possa escludere il concetto di offesa, altrimenti mal si spiegherebbe la rilevanza assunta dalla persona offesa del reato, all'interno della medesima norma (nella parte finale del co. 1) in tema di relative e peculiari condizioni di procedibilità.

quali si muove l'intero perno di legittimità, *tout court*, dell'incriminazione in sé nel nostro paese.

Tornando all'esempio di cui sopra, e tenuto conto di quanto appena sottolineato, v'è in primo luogo da domandarsi quindi se la donna cittadina italiana gestante per conto dei committenti in Ucraina possa, per il nostro ordinamento, definirsi persona offesa da reato.

Non è aspetto di poco conto.

Invero, la donna gestante, per come individuata dal nostro ordinamento e dai principi enucleati dallo stesso, potrebbe invece esser individuata come un 'bene' (penalisticamente inteso) da preservare.

Lo Stato non vuole che la donna, per le finalità della surrogazione di maternità, mercimoni sé stessa o, a prescindere, vi consenta e realizzi.

E non lo vuole per ragioni superindividuali e individuali.

Le superindividuali abbiamo citato come la giurisprudenza abbia argomentato in termini di tutela di ordine pubblico, e per le individuali come tutela della dignità della donna gestante³².

A tali assunti si potrebbe far notare come la donna gestante italiana all'estero, in una ipotesi di procedura estera corretta e legittima, sarebbe di per certo una persona che avrebbe prestato un consenso e che quindi accetterebbe consapevolmente questa pratica su sé stessa.

Non potrebbe però questo caso ricondursi ad uno di consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), che non rende punibile chi lede o pone in pericolo un diritto col consenso della persona che può validamente disporne, posto che la gestante, rendendosi potenzialmente responsabile di quel reato, non può validamente disporre di quel diritto (i.e. della gestione e concessione del proprio corpo per le procedure in parola).

³² Per una visione critica dell'assolutezza dell'uso del concetto e del principio di tutela della dignità umana adoprato dalle Corti a fondamento, anche, del divieto penale v. A. PISU, *La gestazione per altri: problemi e prospettive tra pregiudizi e complessità*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 374 ss.

Per una diversa opinione, a sostegno della piena ricostruzione operata dalle corti anche in tema di lesività della maternità surrogata della dignità della donna, v. A. MORACE PINELLI, *La maternità surrogata lede sempre la dignità della donna. le ragioni di un divieto che non confligge con la tutela del nato dalla pratica illecita*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 1258 ss., ove, in una delle note del citato scritto (di preciso la n. 46) si fa riferimento anche ai danni fisici che subisce la madre surrogata. In tal senso si porta, letteralmente, il testo della nota "Senza poi considerare, esulando dalle nostre specifiche competenze, da un canto, i danni fisici che sempre subisce la madre surrogata, in quanto costretta a sottoporsi a cure ormonali propedeutiche alla gestazione, a impianti di embrioni e, nelle pratiche più barbare, a prelievi di ovuli e ad aborti selettivi degli embrioni che hanno attecchito in eccesso; dall'altro, il trauma psichico che provoca l'abbandono del nato, pacificamente riconosciuto nelle donne costrette ad abbandonare i figli, che poi vengono adottati, ma metodicamente negato nel caso dell'utero in affitto. Cfr., per tali considerazioni, l'articolo di L. Scaraffia, *Cara Marzano, ti spiego perché l'utero in affitto non è accettabile*, in www.lastampa.it e in <https://www.dagospia.com/rubrica-29/cronache/te-do-39-io-39-utero-affitto-nbsp-lquo-lucetta-scaraffia-307996.htm>."

Ed allora, la gestante italiana all'estero (ma, potremmo affermare, ovunque) penalisticamente chi potrebbe essere? Abbiamo detto che ben potrebbe essere il soggetto autore (coautore) del fatto di reato (*quam minus* sotto il profilo della realizzazione della maternità surrogata).

Ed ecco che dagli spunti esteri si torna, ciclicamente, a delle riflessioni sulla norma interna.

Difatti, se così fosse, questo è un primo dato di contrasto interno della fattispecie forse anche già nazionale prima ancora di rientrare sotto il tema dell'estensione di punibilità, che forse merita di sottolineare in questa sede: la gestante potrebbe essere soggetto da tutelare e portatore di un bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice ma, al contempo, potrebbe rispondere della stessa a prescindere dalle finalità per le quali ha operato questa scelta (ad esempio perché frustrata da una vita insoddisfacente e desiderosa, comunque, di portare a compimento una gravidanza che già sa di non poter finalizzare per sé stessa come madre).

Tale ipotesi (gestante persona offesa e al contempo responsabile del fatto di reato) è in astratto (per le ricostruzioni dedotte) ed ovviamente in concreto, possibilità plausibile, per ciò, da affrontarsi in sede di riforma perché del pari inammissibile.

A tal riguardo, vi è un settore che val la pena menzionare per delle riflessioni sul punto.

È settore che punisce un fenomeno che ha come centro (o uno dei principali centri) di tutela proprio la dignità e la libertà di determinazione della donna.

Ci si riferisce al fenomeno della prostituzione.

La relativa disciplina la si rinviene nella L. 75/1985, la nota Legge Merlin, con la quale, però, non viene punito il semplice mercimonio del proprio corpo a fini sessuali.

La legge punisce invero condotte perimetrali (favoreggiamento, sfruttamento) ma non il fatto di prostituzione in sé (non vengono puniti quindi né la prostituta né il cliente).

Ed in tale ambito ci si è soffermati sulla definizione dell'interesse tutelato o bene giuridico tutelato dalla norma e sul problema relativo alla posizione che assuma nella struttura del reato da persona dedita alla prostituzione: la questione dell'acquisizione delle qualifiche di persone offese e danneggiato comporta quali riflessi pratici da un lato la legittimazione a costituirsi parte civile per la tutela degli interessi morali oltre che patrimoniali, dall'altro la concessione al reo delle circostanze attenuanti previsti dai numeri 1, 4, 5 e 6 dell'articolo 62 del codice penale, oltre alla concessione di tutte quelle serie di facoltà riservate alla persona offesa da reato (e ciò varrebbe anche per il reato di surrogazione di maternità). In passato la giurisprudenza ha identificato la persona offesa in questo reato preso a raffronto nello Stato, quale titolare dei beni del buon costume e della moralità pubblica ed ha negato la concessione dell'attenuanti. La persona dedita

alla prostituzione è stata invece variamente definita soprattutto nella giurisprudenza meno recente quale danneggiata solo però nelle ipotesi aggravate di quell'articolo 4 n. 1, in cui è stata ammessa la costituzione di parte civile. La prostituta è stata variopinta anche come soggetto passivo del reato (ma non persona offesa da reato) oppure quale titolare di un interesse protetto ma non danneggiata fino addirittura a definirla come oggetto materiale del reato³³.

Dunque, vi sono delle similitudini al nostro caso e delle differenze.

Similitudini sono che in entrambi le ipotesi (maternità surrogata e condotte di sfruttamento/favoreggiamento della prostituzione) la tutela della donna (vuoi gestante vuoi prostituta) è centrale e, si può dire, individui quanto meno uno dei beni giuridici tutelati dalle rispettive fattispecie incriminatrici.

Il dato ha consentito, un po' timidamente, di dare una apertura alla prostituta di vantare taluni diritti in seno al procedimento penale che ha visto coinvolti terzi per condotte di favoreggiamento/sfruttamento.

In ogni caso la prostituta, per il fatto in sé scevro da condotte di sfruttamento o favoreggiamento, non è ritenuta, al pari del cliente, responsabile.

Se così è, non si vede perché la gestante non dovrebbe essere inquadrata come persona offesa da reato con, però, tutte le conseguenze del caso (dunque anche impossibilità di incriminarla).

L'uscita da questo vicolo cieco non può però esser disbrigata con una lettura (forzata) della condotta che escluda la gestante dal novero dei soggetti attivi del reato: come detto non lo consentono la tipologia di condotte (genericamente) indicate (con formula, che rafforza la sua portata, del *in qualsiasi forma*) e, tra l'altro, non è esclusa dall'art. 12 co. 8.

Tornando al medico ucraino, se dunque così fosse e, pertanto, in presenza delle ulteriori condizioni richieste dall'art. 10 c.p. (istanza richiesta del Ministro della giustizia *et similia* e presenza sul territorio dello Stato), vi sarebbe la possibilità anche per il medico ucraino di rispondere, a titolo di concorso nel reato proprio della gestante, del reato di surrogazione di maternità.

Poco importerebbe dell'art. 117 c.p. considerato come la giurisprudenza, oramai, abbia sdoganato il concetto, e la possibilità, del concorso dell'*extraneus* nel reato proprio³⁴.

³³ In tal senso L. BONTEMPI, *Sub art. 3 L. 75/1958*, in *Codice Penale commentato*, dir. da E. Dolcini e G.L. Gatta, *Artt. 650-734-bis, Leggi Complementari*, Milano, 2021, 954, cui si rimanda anche per la giurisprudenza ivi richiamata.

³⁴ Invero, la disciplina dell'art. 117 c.p. va ormai valutata nel contesto generale del concorso nel reato proprio che trovano, ovviamente, applicazione anche nella ipotesi di reato "proprio". Secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità quando l'accordo criminoso è di per sé finalizzato al reato proprio, rivestendo uno dei concorrenti la necessaria qualità, si applica la comune regola dell'art. 110. Per una sintetica ma esaustiva panoramica sul punto, vedasi P.L. DI STEFANO, *Sub art. 117 c.p.*, in *Codice Penale commentato*, consultabile sul portale <https://dejure.it>.

Pertanto, il medico ucraino con la gestante italiana potrebbe incorrere nel reato in parola, così come ne potrebbe incorrere qualora contribuisca ad organizzare ed a realizzare per i committenti.

Venendo all'altro esempio della coppia ove uno dei due richiedenti sia cittadino italiano, e l'altra persona estera, anch'essa, per le medesime ragioni del medico ucraino, potrebbe rispondere del fatto del committente italiano (che pure ne risponderebbe considerati i rilievi svolti sul novero dei soggetti attivi del reato). Diverso il caso della coppia straniera residente in Italia (ma non cittadini italiani) che si rechi all'estero, e attui la surrogazione di maternità con gestante straniera. In questo caso non sarebbe recriminabile il fatto a chicchessia, mancando il requisito formale della cittadinanza italiana, non presente nemmeno in uno dei potenziali coautori del fatto.

Tali riflessioni impongono dunque una meditazione *de iure condendo* inerente la rimodulazione della norma.

2. Spunti *de iure condendo*: dall'universale al nazionale e viceversa – ipotesi di rimodulazione armonica della fattispecie per una sua vigenza più equilibrata ovunque la si voglia applicare.

Ad avviso dello scrivente, se il risultato cui si vuol giungere è quello di disincentivare la nota pratica e ciò a tutela di molti diritti, non esclusa la dignità dei partecipanti (della gestante compresa), è da ritenersi che il medesimo risultato lo si possa pervenire colpendo, usando termini pugilistici, anche solo sui fianchi.

Se invero l'incriminazione riguardasse sole condotte di realizzazione, organizzazione e pubblicizzazione escludendo però i genitori di intenzione e la gestante dall'incriminazione, avremmo ottenuto lo stesso risultato, posto che non è possibile, nei fatti, l'autorealizzazione di questa articolata procedura e pratica medico sanitaria a casa e con gli strumenti di casa, così, parallelamente, tutelando chi dovrebbe rivestire potenzialmente (sicuramente nella gestante) la figura di persona offesa da reato.

Altri reati, come *ut supra* citati, presidierebbero poi il fatto della donna che ceda ad altri un figlio da lei concepito mediante un ordinario rapporto sessuale.

Oltre a ciò, si troverebbe, così, un punto di equilibrio (logico forse prima ancora che giuridico) che eviterebbe di incriminare la persona offesa da reato.

E, così facendo, prenderebbero più respiro, agio e razionalità i confini delle condotte descritte.

Senza contare un profilo di, se così è possibile esprimersi, giustizia sostanziale che pure, in altri parti del costrutto penale del nostro ordinamento è tenuto di conto.

Invero non può escludersi la potenziale (l'uso del termine potenziale non è casuale, posto che, in ogni caso, potrebbero verificarsi anche casi più cinici o

prosaici) intima vicenda conflittuale tanto dei genitori di intenzione quanto della gestante.

È ben noto quanto il tema della maternità, per l'equilibrio interno sia dei singoli componenti della coppia che del legame della coppia stesso, sia esiziale.

Ma del pari potrebbero operarsi analoghi ragionamenti con la gestante per conto d'altri (vedasi i fini solidaristici).

Difficile quindi non poter soppesare di questi aspetti che, *de facto*, possono sussistere.

Difatti, come suaccennato, in altre parti dell'ordinamento tali frangenti sono formalmente valorizzati.

Come nell'esempio dei reati in materia di prostituzione già citati, oppure, anche nel reato di cui all'art. 578 c.p. (infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale) ove la madre che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto, quando il fatto è determinato da condizioni di abbandono materiale o morale connesse al parto, è punita con la reclusione da quattro a dodici anni mentre, chi concorre in questo fatto, ne risponde con la pena pari all'omicidio volontario comune (reclusione non inferiore ad anni 21).

Ed ecco come l'ordinamento rileva come in certe dinamiche della vita vi possono essere degli elementi oggettivi e soggettivi da non poter non prendere in considerazione, rimodulando il tiro punitivo.

Un altro aspetto da tenere in considerazione in ottica di riformulazione è l'entità di pena, il tipo di pena, e la collocazione della fattispecie all'interno dei reati di cui alla L. 40/04.

Sulla pena del delitto in parola in ottica della sua estensione di punibilità sono state espresse delle perplessità³⁵, posto che l'ipotesi di cui al n. 5 del primo comma dell'art. 7 del codice penale riguarda casi ben più gravi (ex pena) di quelli di cui alla surrogazione di maternità punita con la reclusione.

Ebbene, per ordine, la pena del reato in parola è, come per l'organizzazione, la pubblicizzazione e la realizzazione della commercializzazione dei gameti o embrioni, compresa tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

La pena reclusiva è da reato bagatellare, la pena pecuniaria è draconiana.

Agganciarsi alla tenuità della pena reclusiva per sostenere la scarsa gravità del fatto anche in ottica di irragionevolezza costituzionale nell'estensione della sua punibilità ex art. 7 c.p. quando gli altri fatti ad oggi contemplati al n. 5 del primo comma dell'art. 7 c.p. è però argomento che, a parere di chi scrive e per dirla con gergo forense, *prova troppo*.

³⁵ Vedasi M. ZINCANI, *Il turismo procreativo*, cit. Oppure i dibattiti in commissione giustizia, cui si riporta un collegamento ove possono essere consultati <https://webtv.senato.it/webtv/commissioni/contrasto-alla-surrogazione-di-maternita-1>.

La pratica della surrogazione di maternità, nel nostro come in altri ordinamenti, è fortemente criticata e tale diniego è sentito come fortemente giusto anche secondo l'orditura costituzionale così come interpretata dai massimi consessi giurisdizionali.

È pacifico che, con tale dato, vi sia chi possa non esser d'accordo ed è nota la delicatezza del tema trattato ma, a prescindere dalle pene, le svariate pronunce evocate hanno di fatto dipinto la fattispecie che ci occupa come tra quelle poste a tutela di beni preminenti dell'ordinamento.

È dunque reato che, per il nostro ordinamento, si pone a presidio di una dinamica ritenuta grave e da attenzionare massimamente.

Se così è, cosa farne allora di quella pena reclusiva così bassa? Si ritiene che, coerentemente con l'angolo di prua preso dal legislatore, la stessa debba esser inasprita.

Ed allora, tanto per ragioni di armonia interna alla fattispecie, che di coerenza con l'impostazione dell'estensione di punibilità, ad avviso di chi scrive questa una possibile strada per uscire da questi prospettati *impasse*:

- Sganciare, ponendola *quam minus* in un altro comma (o, finalmente, scomporre l'art. 12 in più articoli in numero pari ai reati ivi contenuti)³⁶, la fattispecie di surrogazione di maternità da quella di commercializzazione di gameti o embrioni, lasciando per quest'ultima l'attuale cornice edittale tanto per la pena reclusiva che per quella pecuniaria, sicuramente più adatta ad una fattispecie di lucro (come quella della commercializzazione appunto) rispetto ad una, come la maternità surrogata, ove i temi prosaci non assumono rilevanza.
- Aumentare la pena reclusiva per il reato di surrogazione di maternità. Ciò avrebbe un senso per un reato che di lucrativo non deve necessariamente aver niente (ma, nei fatti, ben può averlo e lo ha, considerata l'articolazione obbligata delle strutture che consentono di realizzare questa pratica), ed avrebbe un senso, se questo è quello attualmente perseguito dal legislatore, non solo in ottica nazionale (se un reato è ritenuto a tutela di bene esiziali, dunque a fronteggiare situazioni importanti, è giocoforza fisiologico che sia gravemente punito) ma anche, a tendere e per quel filone che non ritiene rilevante la doppia incriminazione, per l'applicazione dell'art. 10 c.p.
- Circoscrivere il raggio dei soggetti attivi (o concorrenti) escludendo quelli che dovrebbero essere portatori del bene giuridico tutelato dalla norma (la gestante o, in ottica di famiglia, i committenti). Con le tecniche che riterrà (tra le varie con la rimodulazione dell'art. 12 co 8). All'atto pratico la fattispecie non perderebbe reale forza deterrente (considerato che la vicenda non può realizzarsi col fai da te e senza contare che altre norme puniscono, come detto, la cessione

³⁶ Su un'opportunità di questo tipo, in generale come tecnica legislativa penale, con richiami anche al caso di specie, v. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.

del figlio avuto da rapporto sessuale) e, così, eviterebbe quel conflitto interno tra soggetti sostanziali/processuali (persona offesa da reato potenzialmente coincidente con l'indagato imputato).

- Rimodulare l'espressione delle condotte, evitando di individuarle come fungibili l'una con l'altra, e disponendo che chi, tra di queste, più ne commette, riceverà una pena più severa.
- Valutare l'approccio alla responsabilità amministrativa degli enti da reato per i reati di cui alla L. 40/04, considerata l'innegabile necessità di una struttura (un ente) per la loro esecuzione.

