

REATO DI MATERNITÀ SURROGATA

Punire la surrogazione di maternità commessa dal cittadino anche all'estero?

martedì 01 agosto 2023

Il disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati e trasmesso al Senato (n. 824), che riprende proposte presentate nella precedente legislatura (n. 2599 e 306, Camera dei deputati), estende l'applicazione della legge penale italiana al reato di maternità surrogata commesso dai cittadini italiani all'estero. Di seguito pubblichiamo le autorevoli opinioni del prof. Marco Pelissero, contrario alla proposta, e del prof. Carmelo Leotta, che è, invece, favorevole. E voi da che parte state?

Pro

Leotta Carmelo Domenico Avvocato cassazionista, Professore Associato di Diritto penale nell'Università degli Studi Europea di Roma

La p.d.l. A.C. 887-A e abbinate, approvata dalla Camera dei deputati il 26 luglio 2023

Le previsioni penali già vigenti nell'ordinamento italiano in materia di maternità surrogata sono dettate dall'art. 12, comma 6, L. 19 febbraio 2004, n. 40, che recita: «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

Il Parlamento italiano sta attualmente vagliando l'opportunità di rafforzare la tutela penale offerta dalla norma sopra richiamata; tale rafforzamento è oggetto di una serie di p.d.l. presentate alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica. I lavori dell'assemblea della Camera, conclusi il 26 luglio 2023, si sono svolti sul testo congiunto delle p.d.l. C.887 (Varchi), C.342 (Candiani) e C.1026 (Lupi), abbinate durante i lavori della Commissione Giustizia in sede referente.

Per chiarezza del lettore, è utile esplicitare che, all'esito delle audizioni informali, nella seduta dell'8 maggio 2023, la Commissione Giustizia ha dapprima adottato come testo base per la discussione quello dell'atto C.887, che si componeva di un solo articolo: «1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero"». In seguito, nella seduta del 30 maggio, ha approvato l'emendamento 1.13. Calderone, Pittalis, Patriarca (riformulato), per cui il testo oggetto di esame in Assemblea è stato il seguente: «1. 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 sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana"».

Il testo, infine, approvato il 26 luglio e trasmesso al Senato (A.S. 824), è stato ulteriormente modificato e recita: «1. 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 p.d.l. ha l'obiettivo di rafforzare la tutela penale contro il delitto di surrogazione di maternità, già punito dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004, non più ricorrendo, come si era inizialmente proposto, all'introduzione di un c.d. "reato universale", cioè di un fatto punibile da chiunque commesso in qualsiasi luogo, bensì agevolando, nei termini in cui si dirà, le condizioni di applicabilità della legge penale italiana per il delitto commesso dal cittadino all'estero. In questo modo, lasciando inalterata la disciplina per il delitto commesso all'estero dallo straniero (il quale, anche se concorrente nel reato, non risulta punibile ai sensi dell'art. 10 c.p. neppure in caso di approvazione definitiva della p.d.l.), si renderebbe più efficace la tutela del bene protetto dalla norma incriminatrice dettata dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004 contro la surrogazione di maternità, esclusivamente a fronte di fatti commessi all'estero dal cittadino italiano.

Come noto, infatti, stante il divieto per tale pratica in Italia, le coppie che desiderano ricorrervi, si affidano a organizzazioni e strutture operanti in paesi esteri in cui ciò è consentito o almeno non punito (si parla a tal proposito di c.d. "turismo procreativo").

Le condotte, oggetto di sanzione penale "rafforzata" (se ascrivibili al cittadino), non sono più tutte quelle contemplate dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004, vale a dire: la realizzazione, l'organizzazione, la pubblicizzazione, la commercializzazione di gameti o di embrioni, bensì la sola surrogazione di maternità.

Nessun intervento è allo stato previsto sul piano sanzionatorio; la pena, dunque, rimarrebbe invariata: reclusione da tre mesi a due anni e multa da 600.000 a un milione di euro.

La disciplina vigente che punisce la surrogazione di maternità: sua sostanziale inapplicabilità

Chiarito che la versione attuale della p.d.l. persegue la finalità di garantire una più ampia e agevole applicazione della legge penale italiana quando la surrogazione di maternità, punita dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004, è commessa dal cittadino all'estero, prima di svolgere ogni altra considerazione sul merito di tale scelta politico-criminale, è necessario considerare brevemente la disciplina vigente, distinguendo il caso della surrogazione commessa in parte in Italia e in parte all'estero da quello della surrogazione commessa interamente all'estero.

Il delitto di maternità surrogata commesso in parte in Italia e in parte all'estero (indifferentemente dal cittadino o dallo straniero) è già oggi punibile dalla legge penale italiana, in applicazione del principio di territorialità previsto ed estensivamente inteso dall'art. 6 c.p., il cui secondo comma stabilisce che 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, ovvero si è verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione». Dunque, al fine di reprimere i fatti di surrogazione commessi anche solo in parte in Italia, è sufficiente che ivi si sia realizzata una porzione della condotta e, quindi, almeno in teoria, è sufficiente che in Italia si sia perfezionato anche solo l'accordo tra i genitori intenzionali e la donna disponibile alla gestazione.

A ben vedere, la possibilità, de jure condito, di applicare la norma penale vigente ai fatti commessi in parte in Italia in parte all'estero si rivela più ipotetica che reale, sia per la difficoltà di individuare sotto il profilo probatorio una porzione della condotta realizzata sul territorio dello Stato sia per l'interpretazione giurisprudenziale assai restrittiva dell'art. 6, comma 2, c.p. in materia di surrogazione di maternità. La Corte di cassazione ha, infatti, ad es., escluso che parte dell'azione possa dirsi avvenuta in Italia a fronte di scambi di comunicazione avvenuti tra i genitori intenzionali italiani e i soggetti stranieri che praticano all'estero la surrogazione. Ciò perché se da un lato «il divieto di realizzare, in qualsiasi forma, la surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, legge 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», dall'altro si è ritenuto che non possa ritenersi

integrata parte della condotta sul territorio dello stato a fronte di contatti intrattenuti via e-mail per valutare possibili soluzioni riproduttive, in quanto non ancora dimostrativi della decisione di ricorrere alla pratica vietata (Cass. pen., Sez. III, 28 ottobre 2020, n. 5198).

La sostanziale inapplicabilità, che si evince dai precedenti giurisprudenziali, della norma incriminatrice dell'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004 ai fatti di surrogazione portata a compimento dal cittadino all'estero, seppur all'esito di comunicazioni intervenute sul territorio dello Stato, comporta che, per poter efficacemente inibire, attraverso la legge penale, la pratica in questione, si debba necessariamente percorrere una differente via, sondando gli spazi di applicazione della legge penale italiana per il delitto comune commesso dal cittadino interamente all'estero. È questo, in effetti, il "campo di azione" opportunatamente scelto dalla p.d.l.

Prima di analizzare quali effetti avrebbe la modifica, si rende, allora, necessario approfondire a quali condizioni, nel diritto vigente, la surrogazione di maternità sia punibile quando commessa dal cittadino interamente all'estero. A tal fine, si deve richiamare la disciplina dell'art. 9 c.p. (rubricato delitto comune del cittadino all'estero), espressione del principio in materia di applicazione della legge penale dello spazio della personalità attiva, in base al quale l'autore di un fatto di reato presente sul territorio del proprio stato può essere giudicato secondo la legge dello stato cui appartiene, anche se ha commesso il fatto all'estero.

Precisamente, stante la previsione sulla pena di cui all'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004 (reclusione inferiore nel minimo a 3 anni), i reati ivi contemplati ricadono sotto la previsione (più ristretta) dell'art. 9, comma 2, c.p.; tale norma, bilanciando l'interesse dello stato ad applicare il diritto penale interno a fatti commessi dal proprio cittadino all'estero con un criterio di gravità del fatto commesso, esige la previa richiesta del ministro della giustizia, ovvero l'istanza o la querela della persona offesa. L'art. 9, comma 2, c.p. sottopone, in siffatta maniera, ad un vaglio di opportunità per i delitti meno gravi (pena della reclusione nel minimo eguale o inferiore ai 3 anni), tra cui ricadono quelli dell'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004, la decisione se punire o meno il cittadino che ha commesso all'estero un fatto previsto dalla legge come delitto dalla legge italiana.

In applicazione dell'art. 9, comma 2., c.p., allo stato dell'arte, la surrogazione di maternità commessa dal cittadino italiano (interamente) all'estero può essere perseguita in Italia se il cittadino si trova sul territorio dello Stato e solo a fronte di una valutazione positiva di opportunità compiuta dal ministro della giustizia, il quale avanzi la richiesta in tal senso. Non entra, invece, in gioco in materia la disposizione del comma 3 dell'art. 9 c.p. che, nelle ipotesi ivi contemplate (delitto commesso a danno delle comunità europee, di uno stato estero o di uno straniero), assegna al diritto penale italiano un ruolo sussidiario, prevedendo che si possa applicare la legge italiana se l'extradizione del cittadino non è stata concessa (dall'Italia allo stato estero) ovvero non è stata accettata (dallo stato estero, ancorché offerta dall'Italia). L'art. 9, comma 3, c.p. non si applica rispetto ai fatti puniti dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004 poiché essi non rientrano in nessuna di queste tre categorie considerate dalla norma codicistica.

Il fatto di surrogazione di maternità commessa all'estero necessariamente coinvolge anche soggetti stranieri, con cui il cittadino conclude l'accordo riproduttivo. Nei loro confronti, né de jure condito né in caso di approvazione della p.d.l., può trovare applicazione la legge penale italiana; infatti, i casi di delitto comune dello straniero all'estero sono contemplati dall'art. 10 c.p. e in nessun di questi possono essere fatti rientrare i delitti di cui all'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004, sia per la previsione di pena troppo mite dell'art. 12 cit. (che non raggiunge il limite minimo fissato dall'art. 10 c.p.) sia per l'oggettività giuridica delle classi di delitti previste dallo stesso art. 10 c.p., diversa da quella delle norme incriminatrici della surrogazione di maternità.

Gli effetti della (eventuale) modifica di cui alla p.d.l. in esame

Una volta individuata la disciplina vigente, si tratta di comprendere quale sarebbe l'effetto in caso di approvazione della p.d.l. che, come si è detto, si limita, dopo le modifiche apposte al testo in Commissione Giustizia e in Assemblea della Camera, a prevedere che se la surrogazione di maternità è commessa dall'italiano all'estero, questi sia punito secondo la legge italiana.

L'effetto sarebbe di espungere la surrogazione di maternità commessa dal cittadino all'estero dalla previsione dell'art. 9, comma 2, c.p., e di collocarla sotto l'art. 7, comma 1, n. 5), c.p. in cui si prevede che sia «punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: [...] 5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana».

La ricollocazione del delitto di surrogazione commesso dall'italiano all'estero sotto l'art. 7, comma 1, n. 5), c.p., ne renderebbe più agevole la repressione, dal momento che, anzitutto, non sarebbe più necessaria la richiesta del ministro della giustizia. Non solo: ricollocandosi la fattispecie sotto l'art. 7 c.p. neppure più sarebbe richiesta, ai fini dell'applicazione della legge italiana, la presenza del cittadino sul territorio dello Stato, come invece richiede l'art. 9 c.p.

Considerati gli effetti apportati dall'eventuale modifica dell'art. 12 cit., non può non cogliersi come la p.d.l. non abbia alcuna ricaduta di nuova incriminazione rispetto ai precetti già vigenti e si limiti, piuttosto, a porre rimedio – doverosamente, considerata la rilevanza del bene offeso, di cui si dirà – ad una situazione di sostanziale inapplicabilità del precetto, da cui discende un vuoto di tutela.

Non solo: non essendo più necessaria, all'esito della eventuale riforma, il vaglio (di natura politica) da parte del ministro (di cui oggi è invece necessaria la richiesta in applicazione dell'art. 9, comma 2, c.p.), la p.d.l. ha il pregio di ricondurre sotto ogni aspetto il sindacato di responsabilità penale nell'alveo della giurisdizione. Opzione questa quanto mai saggia stante la rilevanza etica della materia, suscettibile di valutazioni differenti da parte delle varie forze politiche che si avvicendano al potere.

La scelta, infine, di aver limitato l'intervento per i fatti commessi dal cittadino all'estero (senza estenderlo allo straniero) appare frutto di un equilibrio apprezzabile tra esigenze di tutela di un bene che, come si dirà, è espressione diretta della dignità personale e rispetto delle scelte legislative di altri Stati, i cui cittadini, in conformità al diritto positivo vigente nel proprio ordinamento interno, non sono inibiti nell'organizzare il triste mercato della surrogazione di maternità.

La punibilità del cittadino, prevista con disposizione ad hoc, per delitti commessi all'estero: una scelta non (così) eccezionale nell'ordinamento penale italiano

Tra le critiche che sono state rivolte alla p.d.l. in oggetto vi è quella di eccessivo rigore, o financo di adesione a un modello paternalistico, rappresentato dalla volontà di garantire “a tutti i costi” la repressione della surrogazione di maternità, anche quando commessa in luoghi in cui ciò è consentito, senza neppure distinguere tra surrogazione onerosa e surrogazione a titolo solidaristico. Pur di raggiungere tale obiettivo, la p.d.l. ricorrerebbe, pertanto, ad una norma di carattere assolutamente eccezionale, che consente l'applicazione della legge penale all'estero, in deroga alla regola generale della territorialità.

La questione merita, in effetti, di essere approfondita. Prima, dunque, di affrontare nel merito i profili inerenti al fondamento personalistico su cui poggia il ricorso allo strumento penale per tutelare i beni offesi dalla surrogazione di maternità, è utile svolgere le seguenti precisazioni:

a) ancorché la regola fondamentale che disciplina l'applicazione della legge penale nello spazio sia ispirata al principio di territorialità, sancito dall'art. 6 c.p., non è corretto ritenere che la legge penale italiana non possa applicarsi, se non in casi

eccezionali, a fatti di reato commessi dal cittadino all'estero. Il nostro codice prevede espressamente tre articoli che regolano la materia: gli artt. 7, 8 e 9 c.p. Non è questa la sede per approfondirne la disciplina; basti dire che la stessa – costruita con un sistema di norme sussidiarie (l'art. 8 è sussidiario all'art. 7; l'art. 9 è sussidiario agli artt. 7 e 8 c.p.) – prevede, fuori dai casi in cui il fatto offenda un bene immediatamente riconducibile allo stato (art. 7 c.p.) o ad interessi politici dello stato o del cittadino (art. 8 c.p.), che, ai sensi dell'art. 9, comma 1, c.p., per tutti i delitti (a prescindere dalla loro oggettività giuridica) puniti con l'ergastolo o con la reclusione di almeno 3 anni nel minimo, si possa applicare la legge penale italiana per i delitti commessi dal cittadino all'estero, a condizione che questi si trovi nel territorio dello Stato; ove non si raggiunga tale limite minimo di pena, come già si è detto, interviene una valutazione di opportunità politica che, in caso positivo, prende forma nella richiesta del ministro (art. 9, comma 2, c.p.). Ulteriori condizioni sono richieste quando l'interesse dello Stato all'applicazione della propria legge penale si affievolisce perché il delitto è commesso a danno delle comunità europee, di uno stato estero o di uno straniero (art. 9, comma 3, c.p.).

b) A fronte della disciplina generale dettata dagli artt. 7, 8 e 9 c.p., il legislatore italiano, a ciò legittimato dall'art. 7, comma 1, n. 5) c.p., talora ulteriormente stabilisce tramite disposizioni ad hoc che un certo reato possa essere punito secondo la legge italiana se commesso all'estero dal cittadino (o dallo straniero). Tale opzione è esercitata quando sussiste un particolare interesse alla tutela del bene; in particolare, laddove la disposizione speciale (come avverrebbe per la p.d.l. in esame) si limita a prevedere che un certo reato sia punibile secondo la legge italiana se commesso dal cittadino (e non anche dallo straniero) all'estero, il legislatore, in virtù del legame che lega il cittadino alla Repubblica, lo obbliga in maniera rafforzata al rispetto della legge penale, anche fuori dal territorio dello stato. Il "rafforzamento" deriva dal fatto che, ai fini di regolare l'applicazione della legge penale nello spazio, si applica in tali casi la disciplina dell'art. 7 c.p. (in virtù della clausola prevista dal comma 1, n. 5 di tale articolo) e non quella dell'art. 9 c.p. L'art. 7 c.p., come già si è detto, consente una più estesa applicazione della legge italiana per fatti commessi dal cittadino all'estero (in confronto con le disposizioni dell'art. 9 c.p.) perché non prevede la richiesta del ministro né limiti minimi di pena e neppure la presenza dell'autore del reato sul territorio dello stato.

c) I casi in cui il legislatore interno prevede una disposizione ad hoc che consente, ai sensi dell'art. 7, comma 1, n. 5, c.p., l'applicabilità della legge penale italiana per fatti commessi dal cittadino all'estero (con gli effetti di cui al precedente punto b) sono tutt'altro che eccezionali nel nostro ordinamento penale. Tale modello di disciplina – lo stesso cui ricorre la p.d.l. – appare, infatti, all'esito di una comparazione interna al codice penale, tutt'altro che infrequente.

Senza pretesa di esaustività e concentrandosi soprattutto su fattispecie che offendono beni inerenti la persona, può essere utile, per cominciare, una menzione dell'art. 604 c.p., introdotto con la L. 3 agosto 1998, n. 269, che prevede la possibilità di perseguire secondo la legge italiana una serie di delitti commessi all'estero non solo dal cittadino, ma anche dallo straniero in danno del cittadino italiano o, ancora, dallo straniero in concorso con il cittadino (seppur in quest'ultimo caso, a condizione che la pena della reclusione non sia inferiore nel massimo a cinque anni e che vi è stata richiesta del ministro della giustizia).

I delitti cui si applica l'art. 604 c.p. sono tutti quelli di cui alla Sezione I (Delitti contro la personalità individuale) del Capo III (Delitti contro la libertà individuale) del Titolo XII (Delitti contro la persona) c.p., vale a dire:

- la riduzione o mantenimento in schiavitù (art. 600 c.p.);
- la prostituzione minorile (art. 600-bis c.p.);
- la pornografia minorile (art. 600-ter c.p.);

- la detenzione o l'accesso a materiale pornografico (art. 600-quater c.p.);
- le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-quinquies c.p.);
- l'impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600-octies c.p.);
- la tratta di persone (art. 601 c.p.);
- il traffico di organi prelevati di persone (art. 601-bis c.p.);
- l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.);
- l'intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro (art. 603-bis c.p.),

a cui si aggiungono, sempre ai sensi dell'art. 604 c.p.:

- la violenza sessuale (art. 609-bis c.p.);
- la violenza sessuale aggravata (artt. 609-bis, 609-ter c.p.);
- gli atti sessuali con minorenne (art. 609-quater c.p.);
- la corruzione di minorenne (art. 609-quinquies c.p.);
- la violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.)
- l'adescamento di minorenni (art. 609-undecies c.p.).

Fuori dalle ipotesi di cui all'art. 604 c.p., in materia di:

- pratiche di mutilazioni degli organi genitali femminili, le norme incriminatrici dettate dal diritto penale italiano si applicano anche se il fatto è commesso all'estero dal cittadino o dallo straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tale ultimo caso, il colpevole è punito a richiesta del ministro della giustizia (art. 583-bis c.p.).

Pur non trattandosi in senso stretto di un delitto contro la persona, bensì contro la famiglia, è prevista la punizione del fatto commesso all'estero dal cittadino o dallo straniero residente in Italia ovvero comunque commesso all'estero a danno del cittadino o dello straniero residente in Italia anche per la costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-bis c.p., inserito con L. 19 luglio 2019, n. 69).

Oltre l'ambito dei delitti che offendono beni strettamente individuali, disposizioni di parte speciale che prevedono l'applicazione della legge penale italiana per fatti commessi all'estero sono dettate dall'art. 501 c.p. in materia di aggrataggio (per fatti commessi dal cittadino e anche dallo straniero) e dall'art. 518-undecies c.p. in materia di delitti contro il patrimonio culturale, introdotti al Libro II, Titolo VIII bis c.p. con la L. 9 marzo 2022 n. 22 (per fatti commessi dal cittadino e dallo straniero contro il patrimonio culturale italiano).

Addirittura, tra i delitti contro il patrimonio, si prevede per il delitto di fraudolento danneggiamento dei beni assicurati e di mutilazione fraudolenta della propria persona che le disposizioni dettate dall'art. 642 c.p. si applichino anche se il fatto è commesso all'estero (senza limitazioni al cittadino), in danno di un assicuratore italiano, che eserciti la sua attività nel territorio dello Stato (il delitto è comunque punibile a querela della persona offesa).

Il catalogo sopra proposto consente di ridimensionare significativamente (se non addirittura di smentire), alla luce del diritto interno, il carattere di eccezionalità di disciplina sull'applicazione della legge penale nello spazio che la p.d.l., punendo la

surrogazione di maternità commessa dal cittadino all'estero, intende introdurre. Vero è che il principio di personalità attiva e quello di difesa sono criteri residuali rispetto a quello generale ispirato al principio di territorialità (art. 6 c.p.); tuttavia, come si è visto, è parimenti vero che sono piuttosto ricorrenti i casi in cui la pretesa punitiva dello stato si estende ai delitti commessi dal cittadino all'estero. Si tratta, peraltro, di casi che sono stati oggetto di recente normazione e che non possono dirsi espressione di una pretesa di stampo autoritario di estendere al massimo l'ambito applicativo della legge italiana nello spazio.

Il bene protetto dalla norma incriminatrice della surrogazione di maternità: la tutela della dignità della donna-madre

Una volta analizzati quali sarebbero, in caso di approvazione della p.d.l., gli effetti sull'applicazione nello spazio della norma incriminatrice sulla surrogazione di maternità di cui all'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004 ed evidenziato altresì come il ricorso alla disciplina che consente l'applicazione delle norme penali interne ai fatti commessi dal cittadino all'estero corrisponda ad una scelta legislativa tutt'altro che eccezionale nel nostro ordinamento penale, occorre approfondire quale sia il bene protetto da siffatta incriminazione, al fine di comprendere perché sia irrinunciabile, in un ordinamento penale orientato al principio personalistico, approntare una tutela penale efficace a tale bene. Tale carattere di efficacia non può predicarsi per la disciplina vigente che non è in grado di esplicitare alcuna funzione preventiva e punitiva rispetto al fenomeno del turismo procreativo.

Prima ancora di affrontare le problematiche connesse alla meritevolezza di pena per la surrogazione di maternità a titolo oneroso, la quale apre inevitabilmente allo sfruttamento della donna che "affitta" il proprio corpo per portare avanti la gravidanza di un figlio che diventerà di altri, si deve osservare come la surrogazione di maternità in quanto tale, anche se praticata a titolo solidaristico, sia incompatibile con la dignità della donna-madre, perché sempre comporta una c.d. "dissociazione" di maternità (che, sul piano strettamente normativo, contrasta abimis con l'art. 31 Cost.).

Fatti salvi i casi di adozione, in cui però si tratta di trarre il maggior bene possibile da una situazione già esistente, il rapporto di maternità è un rapporto che comporta una relazione biologica e sociale tra la donna e il concepito prima, e tra la donna e il nato poi. Una simile relazione è resa impossibile nel caso di surrogazione: nel caso, infatti, in cui l'ovulo appartenga ad una donna diversa da quella che porta avanti la gestazione per altri (la prima potrebbe essere una donatrice anonima o la stessa richiedente) si realizzano di fatto due relazioni di maternità biologiche: la prima tra la donna-madre che fornisce l'ovulo e il concepito/nato; la seconda tra la donna-madre gestazionale e lo stesso concepito/nato. Una simile situazione dà pertanto luogo a relazioni in cui, per forza di cose, una delle due donne-madri deve rinunciare (nella migliore delle ipotesi sulla base di un accordo stipulato in situazioni di parità) alla propria maternità, pur avendone pieno titolo.

Alla luce di ciò, non si può condividere, pertanto, l'affermazione di chi ritiene che la surrogazione di maternità a titolo gratuito non offenda la dignità della donna-madre, posto che sarebbe espressione di un atto di umana solidarietà. Il fulcro dell'offesa alla dignità della donna, infatti, non è rappresentato dal carattere oneroso dello scambio, che certamente tale offesa acuisce, ma è dato dall'oggetto stesso della cessione, vale a dire il diritto fondamentale della donna a vivere la relazione di maternità con il concepito e con il nato.

Alla luce di ciò ben si comprende il "tono" opportunamente perentorio con cui esordisce la parte motiva della sentenza delle Sezioni unite civili n. 38162 del 2022, che, infatti, non fa alcuna distinzione tra surrogazione solidaristica e surrogazione mercantile: «L'ordinamento italiano non consente il ricorso ad operazioni di maternità surrogata. L'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a "reclamare diritti" sul bambino che nascerà, non ha cittadinanza nel nostro ordinamento. Tale

pratica è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004».

La stessa sentenza afferma poco oltre: «Nella gestazione per altri non ci sono soltanto i desideri di genitorialità, le aspirazioni e i progetti della coppia committente. Ci sono persone concrete. Ci sono donne usate come strumento per funzioni riproduttive, con i loro diritti inalienabili annullati o sospesi dentro procedure contrattuali. Ci sono bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro status, e quindi sulla loro identità nella società» (pp. 14-15) e, ancora, che la maternità surrogata è un «metodo diprocreazione che l'Italia vieta nel suo territorio, perché ritenuto lesivo di valori primari» (p. 15).

Il diritto del concepito e del nato a non essere oggetto di cessione tra terzi né a titolo gratuito né a titolo oneroso

La norma repressiva della surrogazione di maternità non tutela solo la donna-madre a vivere e conservare la maternità, quale espressione irrinunciabile della propria dignità, ma tutela anche e con pari importanza la dignità personale del concepito e del nato, sotto almeno due profili essenziali: il primo è il diritto della persona a non essere oggetto di una "pretesa ad esistere" da parte di soggetti terzi; il secondo, ben messo in evidenza dalle Sezioni unite del 2022, è il diritto alla certezza del proprio status e alla propria identità personale. Quanto al primo aspetto di cui si è detto, che invero è quello principale, si deve osservare che la pretesa del figlio a tutti i costi, cioè la pretesa a che il figlio "venga ad essere" è atteggiamento ben diverso dal legittimo e lodevole desiderio di genitorialità. Quest'ultimo, infatti, è intriso di libertà: libertà del genitore che desidera e mette in atto quei comportamenti in vista della procreazione e, ove tali atti abbiano dato frutto, accoglie il figlio, innanzitutto la sua vita fisica, il suo "corpo", riconoscendo con il suo stesso comportamento che l'esistenza del concepito/nato non dipende, se non in parte, da sé; libertà del figlio, il cui esserci non è oggetto di una pretesa altrui.

Questa reciproca relazione di libertà è quella che consente di caratterizzare il rapporto di genitorialità, che è la prima ed essenziale relazione interpersonale, nei termini del riconoscimento della totale autonomia e della totale alterità dell'altro: l'altro e il suo esserci sono accolti, non pretesi. La trasformazione, invece, della genitorialità in un diritto – peraltro a scapito del diritto degli altri: della donna-madre gestazionale e del figlio – rappresenta una forma gravissima e subdola di reificazione della persona, che ne fa un mezzo di appagamento del sé (nel caso di specie del genitore). La relazione genitoriale passa, pertanto, dalla dimensione del riconoscimento del figlio come soggetto "totalmente altro da me" alla dimensione del possesso del figlio come "prodotto" (peraltro, nel corpo di altri) per la soddisfazione di un desiderio. Non è un caso che i contratti di surrogazione già prevedano clausole intollerabili che consentono di scegliere alcuni caratteri somatici del figlio, secondo il gradimento dei genitori.

La surrogazione di maternità, ove consentita e disciplinata, è dunque destinata, ben oltre la sfera dei rapporti delle persone direttamente coinvolte, a modificare profondamente il modo di intendere lo statuto fondamentale delle relazioni intersoggettive, su cui si fonda l'esperienza giuridica in tutte le sue manifestazioni. Per questo, essa merita di essere vietata in tutte le sue forme, anche se praticata a titolo solidaristico.

Il carattere inadeguato e velleitario della opzione di criminalizzare la sola surrogazione di maternità onerosa

Ulteriore critica che viene mossa al modello di tutela già assunto dal diritto vigente, che risulterebbe rafforzato dalla p.d.l. in discussione, è quello della incriminazione di qualsiasi forma di surrogazione, onerosa e solidaristica.

A ben vedere, proprio alla luce delle considerazioni sopra svolte sul bene protetto, la scelta di limitare il divieto e riservare la pena alla sola surrogazione onerosa

rappresenterebbe un'opzione inadeguata perché priverebbe di tutela la donna-madre in tutta una serie di ipotesi in cui ella comunque subisce l'offesa (ancorché frutto di un accordo) che le deriva dalla dissociazione di maternità.

Sotto un profilo pratico, si tratterebbe, poi, di una scelta velleitaria sul piano politico-criminale perché consentirebbe di aggirare agevolmente il divieto anche per la surrogazione onerosa prevedendo fittiziamente forme di corresponsione alla madre gestazionale a titolo di rimborso o di indennizzo per aver messo a disposizione il proprio corpo. Peraltro, il prezzo non richiede di essere pagato per forza in denaro, ma potrebbe anche essere corrisposto tramite un'altra utilità. È da ritenersi, pertanto, che l'opzione da taluni auspicata di rivolgere lo stigma penale ai soli casi di surrogazione onerosa renderebbe del tutto inefficace l'incriminazione dello stesso scambio mercantile.

Una soluzione adeguata, sul piano normativo, che potrebbe essere adottata nel corso dei lavori sulla p.d.l. consisterebbe al più nel prevedere un'aggravante quando la surrogazione è commessa a titolo oneroso, come anche nel caso in cui il contratto di surrogazione è concluso ricorrendo a organizzazioni o strutture sanitarie e non, che praticano la surrogazione di maternità dietro pagamento di un corrispettivo.

Inaccettabilità dell'argomento che critica l'incriminazione della surrogazione di maternità perché, limitandosi a punire il fenomeno, non pone rimedio alle esigenze di sopravvivenza delle madri gestazionali

Una voce della dottrina costituzionalistica italiana, quando ancora la p.d.l. contemplava l'ipotesi del reato universale, ha recentemente proposto sulle pagine di un quotidiano nazionale un argomento suggestivo non a favore in sé della surrogazione di maternità, ma a sostegno della inopportunità di un irrobustimento dell'intervento penale contro tale pratica.

L'autore, pur affermando che «il divieto dell'utero in affitto appare giustificato in quanto estrema barriera contro la riduzione di ogni realtà dell'esistenza a merce commerciabile, compresa la vita e le sue componenti biologiche», ritiene che per le donne e i loro bambini che vivono in contesti di grave povertà, la stessa «può essere l'occasione, se non del benessere almeno della sopravvivenza». E allora si domanda: «Chi si oppone a questa pratica in tutto l'orbe terracqueo in nome dei propri sani principi etici considera questo aspetto della questione? Non c'è da scandalizzarsi anche, e forse di più, di fronte alla legge dell'ingiustizia che domina il mondo e costringe donne indigenti a vendere la più intima delle loro funzioni naturali? [...]. Si può pensare che un possibile rimedio alla povertà estrema possa essere stroncato da un divieto?» (G. Zagrebelsky, "Reato universale", quella formula ipocrita che danneggia i bambini, La Repubblica, 25.5.2023).

Un simile (suggestivo) argomento, che rimprovera a chi intende ricorrere al diritto penale di preoccuparsi primariamente di difendere un valore anziché occuparsi di chi soffre e di chi, per soffrire meno, compie un fatto intriso di disvalore, deve essere radicalmente respinto su un duplice piano: giuridico e politico-criminale.

Sul piano giuridico: la p.d.l., così com'è approvata dalla Camera, non punisce (più anche) le donne sfruttate, ma solo gli italiani che le sfruttano. Già solo per questo motivo, l'argomento proposto è oggi superato dallo sviluppo dei lavori parlamentari. Visti i costi di un contratto di surrogazione, se il pensiero acquieta le coscienze, potremmo dire: "la p.d.l. colpisce i ricchi, non le donne povere!".

Tuttavia, l'argomento in questione non era condivisibile neppure quanto la p.d.l. ancora prevedeva il reato universale. Su di un piano politico-criminale, è, infatti, sotto gli occhi di tutti, non solo degli studiosi del diritto penale e delle scienze criminologiche, quanto siano numerosi i fenomeni oggetto di repressione criminale il cui radicamento in determinati contesti sociali e territoriali è reso possibile proprio in virtù del beneficio che le stesse vittime di quel fenomeno traggono nell'immediato, a fronte all'impotenza

dello Stato e delle istituzioni nel garantire il soddisfacimento di un bisogno primario (lavoro, assistenza sanitaria, difesa).

In Italia purtroppo questa capacità di risposta ai bisogni essenziali dei gruppi e dei singoli è stata ed è tuttora, come noto, una delle ragioni del radicamento della criminalità organizzata. Perché, allora, non mettere in dubbio la doverosità della repressione senza quartiere della criminalità mafiosa? Dopo tutto anche per certi adolescenti nati e cresciuti in certe zone estremamente povere del nostro meridione abbandonate dallo Stato, l'unico modo per sopravvivere non è forse quello di affidarsi a qualche affiliato locale affinché, in cambio di un patto di fedeltà, garantisca un posto di lavoro? Nessuno, tuttavia, dinnanzi a una simile domanda, avrebbe dubbi nel rispondere che questo non è un argomento per non continuare a reprimere la mafia, struttura organizzata di ingiustizia. Anzi si direbbe che, al contrario, questo è un motivo per combattere la mafia con decisione ancora maggiore!

Analogo discorso potrebbe valere di fronte al fenomeno del turismo sessuale nei paesi dell'est asiatico.

Alla domanda: «Si può pensare che un possibile rimedio alla povertà estrema possa essere stroncato da un divieto?» si deve, dunque, rispondere con fermezza che si è ben consapevoli che il divieto non basta, perché non esaurisce la risposta al problema che ha generato il delitto. Certamente al divieto si devono accompagnare misure positive che creino alternative accessibili prevenendo “dal basso” la messa in vendita, da parte delle donne, della propria dignità e del proprio corpo. Ma il divieto è indispensabile perché contrasta il fenomeno, inibendo, quantomeno con la paura della sanzione, una più massiva diffusione di condotte gravemente offensive della dignità.

L'esistenza stessa di un divieto, che afferma l'esistenza di un diritto, è, peraltro, un primo irrinunciabile (seppur non ancora esaustivo) atto di giustizia.

L'assenza di antinomia tra le norme che reprimono la surrogazione di maternità e la tutela del minore già nato da surrogazione di maternità

Infine, un argomento spesso proposto contro l'approvazione di norme che renderebbero maggiormente efficace la repressione della surrogazione di maternità (nei termini di cui alla p.d.l.) è quello della sua antinomia con la tutela del minore già nato da maternità surrogata, del quale i genitori intenzionali abbiano ottenuto all'estero il riconoscimento dello status genitoriale.

Anche su questo profilo viene in aiuto la già menzionata sentenza delle Sezioni unite civili n. 38162 del 2022 che, pur facendo divieto del riconoscimento in Italia dello status di genitori ottenuto dalla coppia dei committenti la maternità surrogata, ammette che si possano comunque tutelare i diritti del minore, ricorrendo alla disciplina dell'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), L. n. 184 del 1983.

Si legge, a tal proposito in sentenza, nella parte in cui enuncia il principio di diritto che risolve la questione portata al proprio esame: «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 L. 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».

Non vi è, dunque, alcuna antinomia tra tutela del minore e rafforzamento degli strumenti penalistici che, agendo su di un piano preventivo, inibiscono la surrogazione di maternità commessa dal cittadino italiano all'estero. La novella, peraltro, non avrebbe ovviamente effetto retroattivo e si limiterebbe a punire gli episodi commessi dal cittadino all'estero dal momento della sua entrata in vigore. Ciò comporta che quanti chiedessero l'adozione dei figli già nati da surrogazione all'estero non incorrerebbero nel rischio di vedersi contestato il delitto punito dall'art. 12, comma 6, L. n. 40 del 2004.

Copyright © - Riproduzione riservata

Contro

Pelissero Marco Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Torino

La maternità surrogata come delitto universale? Un esempio di simbolismo penale: l'inefficacia di una norma a servizio di un messaggio etico. Una premessa: ineffettività della disciplina e simbolismo penale

Il disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati e trasmesso al Senato (n. 824) riprende proposte presentate nella precedente legislatura (n. 2599 e 306, Camera dei Deputati). Non interviene sulla struttura della fattispecie, incentrata sulla surrogazione di maternità, della quale il legislatore non ha dato alcuna definizione, pur potendo essere plurime le combinazioni tra committenti (e loro materiale biologico) e colei che porta avanti la gravidanza. Non propone la revisione del trattamento sanzionatorio, che, in ragione della elevata pena pecuniaria e della pena accessoria, sembra essere stato pensato come strumento repressivo nei confronti dell'esercizio organizzato in chiave economica della gestazione per altri (gpa), più che come strumento di dissuasione della soddisfazione del desiderio di genitorialità dei committenti; la pena detentiva prevista, invece si assesta entro una cornice edittale (reclusione da sei mesi a due anni) che colloca il delitto entro la fascia medio bassa delle fattispecie per le quali sono possibili istituti deflattivi che consentirebbero di non arrivare ad una sentenza di condanna e, in ogni caso, di evitare l'esecuzione della pena detentiva.

Non sono in discussione gli effetti penali indiretti che la maternità surrogata realizzata all'estero potrebbe avere in Italia in relazione ad altre fattispecie incriminatrici invocabili per sanzionare le condotte successive che si dipanano tra la denuncia della nascita all'estero alla richiesta di trascrizione all'ufficiale di stato civile: il delitto di alterazione di stato (art. 567, comma 2 c.p.), da accertare in relazione alle dichiarazioni rese dinanzi alle autorità pubbliche straniere dello Stato nel quale la nascita è avvenuta; il delitto di cui all'art. 495 c.p., da rapportare alle false dichiarazioni rese alle autorità consolari o diplomatiche, alle quali va chiesta la trasmissione in Italia dell'atto di nascita, ovvero dinanzi all'ufficiale di stato civile del comune di residenza dei genitori in sede di richiesta di trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero.

Il disegno di legge si limita ad estendere l'applicazione della legge penale italiana al reato di maternità surrogata commesso dai cittadini italiani all'estero, inserendo al comma 6 dell'art. 12, L. 19 febbraio 2004, n. 40, un 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». Si tratta di un testo che quanto più è semplice nella struttura, tanto più si presenta complesso per le implicazioni giuridiche, oltre che per considerazioni etiche, antropologiche e sociali.

Fortunatamente il Parlamento è stato dispensato dal discutere la proposta n. 887 (Varchi e altri) che avrebbe reso perseguibile questo reato da chiunque lo avesse

commesso all'estero: in un ordinamento improntato al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, l'estensione della legge penale italiana a chiunque avesse commesso il fatto all'estero si sarebbe tradotta in una disposizione ai limiti del ridicolo, coinvolgendo nella responsabilità penale non solo gli stranieri committenti, ma anche i gestori della clinica, in ragione della disciplina del concorso di persone. Tuttavia, anche l'estensione della legge penale italiana ai soli cittadini italiani si espone a diversi rilievi critici che rendono irragionevole la proposta.

Le ragioni che stanno alla base di questo intervento sono chiari: considerato che la gestazione per altri in Italia costituisce reato, si vuole rendere penalmente rilevante anche la condotta di chi (prevalentemente coppie eterosessuali) accede a questa pratica, rivolgendosi alle strutture sanitarie negli ordinamenti che la consentono, disciplinandola peraltro secondo regimi anche profondamente diversi (modalità di accesso, procedure, condizioni di consenso della gestante, gratuità o supporto economico). Non che sinora non fosse penalmente rilevante il fatto commesso dal cittadino italiano all'estero: a regime vigente, la legge penale italiana è già applicabile in presenza delle due condizioni di procedibilità richieste dall'art. 9 c.p., ossia la richiesta del Ministro della giustizia e la presenza del cittadino italiano nel territorio dello Stato. La proposta intende rendere il delitto perseguibile senza condizioni: dunque, maggiore libertà dei pubblici ministeri nell'esercizio dell'azione penale.

Ebbene, prima di evidenziare i profili di irragionevolezza del disegno di legge, già queste prime considerazioni consentono di sviluppare due rilievi. A quanto mi consta, solo in un caso il Ministro della giustizia ha presentato richiesta: il che segnala la scarsa attenzione sul piano delle esigenze repressive.

Una seconda considerazione attiene alla concreta perseguibilità dei fatti commessi all'estero in ordinamenti dove la gpa è legalmente disciplinata: quale collaborazione troverà il giudice italiano da parte delle autorità dove la procedura è del tutto lecita? In altri termini, mi pare che la disciplina soffra di una ineffettività "in partenza" che ne rivela il carattere essenzialmente simbolico: dissuadere le coppie che si rivolgono alle cliniche nei Paesi dove la pratica è pienamente lecita. L'idea del reato universale mostra il volto di un diritto penale che vuole imporre un messaggio morale, ma l'inefficacia della norma trasforma la norma in messaggio morale di squalificazione sociale di chi a quella pratica accede.

La pluralità di modelli di disciplina e l'assenza di vincoli sovranazionali alla criminalizzazione

Un primo limite di manifesta irragionevolezza della proposta di legge risiede nella scelta di incriminare anche i fatti commessi all'estero da cittadini italiani in un contesto internazionale quanto mai frastagliato nella disciplina della gpa. La L. n. 40/2004 fa una scelta di politica criminale entro la cornice di una disciplina connotata, più in generale, da forti limitazioni nell'accesso alla maternità assistita, presidiata da sanzioni punitive, amministrative e penali.

In tema di gpa, la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce un ampio margine di apprezzamento agli Stati nazionali, trattandosi di opzioni che implicano valutazioni etiche rimesse ai singoli ordinamenti, che non a caso sono fortemente differenziati sui limiti di liceità di questa procedura e sulle scelte sanzionatorie (criminalizzazione in senso ampio come in Italia; limitazione della rilevanza penale alle forme di surrogazione di tipo commerciale; esclusiva previsione di sanzioni amministrative). Questa differenziazione riflette diverse valutazioni sul bilanciamento tra i beni in gioco: l'interesse del minore al proprio status giuridico, la libertà di autodeterminazione e la dignità della donna che si impegna a portare avanti la gravidanza, nonché l'impianto della legge sull'adozione finalizzata ad assicurare rapporti genitoriali in assenza di legami biologici.

La scelta di ampia criminalizzazione massimizza la tutela della dignità e della fragilità della donna gestante dal rischio di essere strumentalizzata per soddisfare gli interessi dei committenti; non differenzia tra gratuità o onerosità della surrogazione e non dà alcun rilievo all'autodeterminazione della gestante. È una scelta di politica criminale connotata da forte paternalismo, perché l'asserita tutela della dignità della donna è assicurata anche contro la libera decisione, assunta in piena consapevolezza, di disporre del proprio corpo a favore di terzi: lo Stato fissa un limite oltre il quale la libertà di autodeterminazione della donna non rileva, perché la dignità perde la dimensione di interesse personale e assume una dimensione pubblicistica che ne giustifica la tutela anche contro la volontà della donna.

Ebbene, un primo elemento di manifesta irragionevolezza della disciplina sta nell'espansione dell'ambito applicativo della disciplina italiana anche a fatti che in altri ordinamenti sono leciti.

Ai rilievi innanzi espressi, si potrebbe obiettare che la proposta di legge si colloca entro un contesto generale di disciplina sui limiti spaziali all'applicazione della legge penale che prevede deroghe al principio di territorialità. Se è vero che la legge penale italiana in alcuni casi può essere applicata a fatti commessi all'estero (ossia quando non sussistono le condizioni che ex art. 6 c.p. consentono di ritenere il fatto commesso in Italia), non di meno la proposta di legge si presenta irragionevole sia in relazione alla disciplina generale sull'applicazione della legge penale ai fatti commessi all'estero (art. 7-10 c.p.) sia nel raffronto con le fattispecie per le quali sono previste specifiche deroghe alla disciplina generale.

L'irragionevolezza della proposta di legge rispetto alla disciplina di parte generale

Quanto al rapporto tra la proposta di legge e la disciplina generale del codice penale, va premesso che il codice Rocco era improntato a forte diffidenza rispetto all'esercizio della giurisdizione di Stati esteri, tanto da prevedere tali e tante deroghe al principio di territorialità della legge penale che, ad una voce autorevole come quella del prof. Marcello Gallo, il sistema sembra essere improntato al principio di universalità temperato piuttosto che a quella di territorialità con eccezioni.

Ora, pur all'interno di un contesto generale di disciplina che tende all'espansione della giurisdizione penale italiana, la proposta di legge introduce una eccezione irragionevole in relazione a due elementi. Come già evidenziato, a legislazione vigente al delitto di maternità surrogata, interamente realizzato sul suolo estero, si applica la legge penale italiana alle condizioni fissate dall'art. 9, comma 2 c.p. che, per i delitti puniti con pena inferiore nel minimo a tre anni (come nel delitto in oggetto), condiziona la punibilità del cittadino italiano alla sua presenza nel territorio dello Stato territorio dello Stato e alla richiesta del Ministro della giustizia (ovvero a istanza istanza o a querela della persona offesa persona offesa, condizioni che nella fattispecie in esame non rilevano).

La prevalente dottrina richiede, come requisito implicito, anche la doppia incriminazione, ossia il fatto deve costituire reato anche nell'ordinamento dove è stato commesso il fatto, sulla base di diversi argomenti fondati sul principio di legalità, sul principio di colpevolezza o, come è da ritenere preferibile, sul rapporto della nostra giurisdizione rispetto alle scelte fatte in altri ordinamenti. L'estensione dell'applicazione della legge penale italiana ai cittadini italiani per fatti che, secondo la lex loci, non costituiscono reato, altererebbe i rapporti tra ordinamenti. A ritenere altrimenti, il giudice dello Stato emittente, «incarnerebbe la metafora del cavaliere errante della giustizia penale», come ha efficacemente rilevato Alberto Di Martino.

La proposta di legge finisce per assimilare il delitto di maternità surrogata alla disciplina dell'art. 7 c.p., retto dal principio di universalità, con l'unico limite della contrazione dell'applicazione della legge penale italiana ai soli fatti commessi dal cittadino italiano (principio della personalità attiva). Se non che proviamo a considerare le ragioni di politica criminale che stanno alla base dell'ampia estensione

della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 7 c.p.: i numeri da 1 a 4 prevedono fatti che offendono interessi riferibili in modo specifico allo Stato italiano; il n. 5 richiama specifiche disposizioni di legge o convenzioni internazionali che prevedono l'applicabilità della legge penale italiana. Il delitto di maternità surrogata è omogeneo a queste rationes?

Certo se ci poniamo nell'ottica paternalistica della gpa come reato universale, potremmo anche sostenere che l'estensione della giurisdizione italiana si giustifica in ragione della pubblicizzazione del bene tutelato, del tutto sottratto alla disponibilità di coloro che a questa pratica accedono: ma è davvero ragionevole assimilare la gpa a un delitto contro la personalità dello Stato, ovvero all'uso del sigillo di Stato contraffatto o al falso in monete? Mi pare una assimilazione irragionevole.

Quanto alle convenzioni internazionali, l'applicazione, senza condizioni di procedibilità, della legge penale italiana ai fatti commessi all'estero interessa i c.d. *crimina iuris gentium*, ossia fattispecie rispetto alle quali c'è nella comunità internazionale una forte condivisione in relazione al loro disvalore e alla necessità di garantire una tutela molto forte (si pensi, ad es. ai reati di prateria aerea e navale). La gpa non rientra tra questi casi, proprio in ragione della forte differenziazione di disciplina nei diversi ordinamenti.

L'irragionevolezza della proposta di legge nel raffronto con la disciplina di specifiche fattispecie di reato

La proposta di legge si presenta irragionevole anche rispetto alle fattispecie che, in deroga alla disciplina dell'art. 9 c.p., sono assoggettate all'applicazione incondizionata della legge penale italiana, quando il fatto è commesso all'estero.

Si tratta di fattispecie per le quali la deroga al principio di territorialità ha alla base diverse rationes: rispondono al principio della difesa, analogamente alle fattispecie di cui all'art. 7, nn. 1 a 4 c.p., il rialzo e ribasso fraudolento sul pubblico mercato o nelle borse di commercio, se commesso all'estero in danno della valuta nazionale o di titoli pubblici italiani (art. 501 c.p.) e la frode in assicurazione commessa a danno di un assicuratore italiano che esercita la sua attività nel territorio dello Stato (art. 642 c.p.); sono invece connotate da un generalizzato disvalore riconosciuto nella comunità internazionale i delitti di tratta di donne e minori (art. 537 c.p.), nonché i delitti di violenza sessuale e i delitti contro la personalità individuale, che includono le fattispecie, di schiavitù, tratta, pedopornografia (art. 604 c.p.), tutte fattispecie perseguibili anche se il fatto è commesso all'estero da un cittadino italiano. Più di recente, la Commissione, presieduta dai professori Palazzo e Pocar, incaricata nel 2022 di redigere un codice dei crimini internazionali, aveva proposto di assicurare a queste fattispecie il principio della giurisdizione universale.

L'inclusione del delitto di gpa tra le fattispecie applicabili al cittadino italiano che commetta il fatto in territorio esterno non è riconducibile a nessuna delle due tipologie di fattispecie: non alla prima, in quanto non sono lesi interessi riferibili direttamente allo Stato italiano; non alla seconda che include fattispecie che sono caratterizzate da un trattamento sanzionatorio grave che trova ampio riscontro nella disciplina dei diversi sistemi penali. Al contrario, per il delitto di surrogazione di maternità è prevista una pena detentiva "bagatellare", in quanto la reclusione da tre mesi a due anni, colloca la fattispecie entro la fascia dei reati ai quali si applicano istituti deflattivi (la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, la sospensione del processo con messa alla prova, la sospensione condizionale della pena detentiva).

È, invece, draconiana la pena pecuniaria (da euro seicentomila a euro un milione), nella quale il minimo della pena è ben dodici volte superiore al valore massimo che può avere la pena della multa, per disposto generale (art. 24 c.p.): il legislatore è indubbiamente libero di derogare a questo limite, ma è una deroga che si giustifica nei reati espressivi della criminalità del profitto, più che di un delitto posto a tutela di interessi della persona.

Si presenta, pertanto, manifestamente irragionevole la scelta di estendere, in deroga alla disciplina dell'art. 9 c.p., l'applicazione della legge penale italiana in relazione ad una fattispecie il cui disvalore, sul terreno sanzionatorio, non esprime affatto quella forte esigenza di tutela e di condivisione dei beni che si intendono tutelare.

Antinomia tra inasprimento della proposta di controllo penale per fatti commessi all'estero e vuoto di disciplina sul riconoscimento degli atti di nascita e sulla procedura di adozione

L'ansia di criminalizzazione che pervade la proposta di legge è anche distonica rispetto alle esigenze di disciplina sollecitate dalla Corte costituzionale, dalla Corte di cassazione e dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo che da tempo sollecitano a guardare alle dinamiche dei rapporti familiari non in termini di legami biologici, ma piuttosto di legami di vita che pongono o al centro il superiore interesse del minore.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche nei casi di surrogazione di maternità, la cui rilevanza penale è rimessa alla valutazione dei legislatori nazionali, è netta sulla necessità che sia riconosciuto il legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia (genitore biologico e genitore intenzionale) che del minore si prendono cura, almeno nei casi in cui sussista il legame biologico con uno dei due, segno, dunque, che non è di per sé la gestazione per altri a riflettersi negativamente sul diritto di famiglia (v. da ultimo Corte EDU, 22 giugno 2023).

Nella stessa direzione va, a mio avviso, letta la sentenza delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione che si sono pronunciate sulla questione del riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto tra il minore nato ed il genitore d'intenzione nei casi di maternità surrogata. È vero che le Sezioni unite qualificano il divieto penale di maternità surrogata come «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione» e che, proprio in forza della tutela di tali interessi presidiati dalla sanzione penale, considerati non irragionevolmente prevalenti sull'interesse del minore, giungono ad escludere il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero. Tuttavia, le Sezioni Unite non escludono la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale attraverso l'adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. d, L. n. 184/1983).

Dunque, la rilevanza penale nel nostro ordinamento di un fatto, che in un altro sistema è considerato lecito, non esclude forme di riconoscimento del rapporto genitoriale, sebbene non nella forma della trascrizione dell'atto adottato dalla pubblica amministrazione dello Stato estero, in ragione dell'ostacolo rappresentato dall'ampia nozione di "ordine pubblico". Ora, sebbene non vi sia uniformità di letture del limite dell'ordine pubblico agli effetti del riconoscimento di atti adottati all'estero, non di meno esprime un consolidato diritto vivente l'inclusione della nozione di ordine pubblico del divieto penale di maternità surrogata (Cass. civ., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006).

Anche la Corte costituzionale va nella direzione della tutela del superiore interesse del minore nell'ambito della disciplina civilistica che interagisce con il divieto di maternità surrogata. Nella sentenza n. 272/2017 la Corte valorizza la centralità dell'interesse del minore alla conservazione dello status filiationis, rispetto all'interesse alla verità sulla maternità "naturale". Nella recentissima sent. 33 del 2021, la Consulta, pur statuendo la non trascrivibilità dell'atto di nascita di un minore nato da maternità surrogata all'estero, ribadisce la centralità assunta dal principio del superiore interesse del minore agli effetti di una forma di riconoscimento del legame familiare già instaurato, con elementi nuovi rispetto alla sentenza delle Sezioni unite civili del 2019.

La Corte costituzionale, richiamando la propria precedente giurisprudenza, ribadisce che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina in profondo le relazioni umane», in quanto tali accordi «comportano il rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate» (Corte cos. sent. n. 272/2017).

È una prospettiva che la Corte costituzionale collega anche alla presa di posizione del Parlamento europeo che nella risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha condannato «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali». Peraltro, Corte costituzionale e Parlamento europeo si muovono in modo non del tutto sintonico: la prima, infatti, statuendo che la gpa, indipendentemente dalle sue forme di disciplina, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina in profondo le relazioni umane» assume una posizione di rigido paternalismo, in quanto in questo severo giudizio di valore equipara gpa onerosa e solidale; il Parlamento europeo, invece, ha limitato la condanna della maternità surrogata «a fini commerciali», ma non si pronuncia sulla gpa solidale.

Soprattutto va sottolineato con forza che la sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2021 considera l'interesse del bambino come valore "bilanciabile" rispetto agli altri in conflitto: a rilevare non è il diritto alla genitorialità, ma esclusivamente l'interesse del bambino «di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia»; tuttavia, tale interesse «non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco», in quanto ciò comporterebbe «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

Il bilanciamento sta nel verificare la proporzionalità della compressione degli interessi del minore rispetto allo scopo legittimo di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità. Il punto di equilibrio, per assicurare la proporzionalità della risposta punitiva è rimesso all'apprezzamento del legislatore, ma con alcuni limiti: il legislatore è sollecitato ad apprestare una disciplina che dia al minore maggiori garanzie di quelle offerte dall'adozione in casi particolari e aggiunge la Corte costituzionale: «ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata». La successiva pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni unite che vede nell'adozione in casi particolari l'unico strumento oggi disponibile (Cass., Sez. Un., n. 38162/2022) è l'effetto dell'inerzia del legislatore abbacinato dalla prospettiva del reato universale.

Sul piano delle garanzie dei minori nati da gpa, l'approvazione della proposta di legge non cambierebbe l'esigenza, indifferibile per la Corte costituzionale, di apprestare strumenti giuridici efficaci capaci di venire incontro a quelle esigenze di tutela, che non muterebbero rispetto ad un fatto che, costituendo già oggi reato, ostacola la trascrizione per effetto della nozione di "ordine pubblico" utilizzata dalla giurisprudenza.

A mio avviso, l'approvazione di una proposta di legge volta ad ampliare l'ambito di applicazione della legge penale italiana ai fatti di maternità surrogata commessi dal cittadino italiano all'estero rappresenta una scelta di politica criminale distonica rispetto alla direzione tracciata dalla Corte costituzionale secondo la quale le condotte poste in essere dai genitori non possono mai pregiudicare gli interessi del minore.

Anche alla luce delle riflessioni che si sviluppano sul terreno della disciplina civilistica, è irragionevole una incriminazione potenzialmente onnivora, da un lato, e la ricerca di soluzioni che garantiscano al minore il riconoscimento di legami genitoriali attraverso la riforma dell'adozione che, nei termini prospettati dalle Sezioni unite civili, si presenta, allo stato attuale dell'adozione in casi particolari, inadeguato e bisognoso di interventi che vanno trovati sul terreno della disciplina dell'adozione.

Il legislatore, invece di approvare una legge che assicuri una effettiva tutela del minore, va nella direzione di approvare una soluzione che aggrava l'etichettamento negativo che si accompagna all'estensione dell'ambito di applicazione della legge penale italiana, con due effetti.

Da un lato, si allontana dalle sollecitazioni delle Corte costituzionale; peraltro, qualora la proposta di legge dovesse esser approvata in via definitiva, non sarebbe agevolmente prevedibile l'atteggiamento della Corte costituzionale di fronte ad una questione di legittimità costituzionale sulla pga come reato universale, in quanto è labile il confine tra irragionevolezza e manifesta irragionevolezza, specie se lo si colloca entro una giurisprudenza costituzionale che considera la pga una gravissima ed intollerabile offesa della dignità della donna, senza distinzione tra forme onerose o gratuite.

Dall'altro lato, mostra un profondo e irrecuperabile scollamento dall'evoluzione sociale dei rapporti familiari e dei modi di perseguire il desiderio di maternità e paternità che vivono e si sviluppano nella "vita reale". Credo che quest'ultima sia la riflessione più amara che sta alla base della proposta di legge.

Copyright © - Riproduzione riservata



Copyright Wolters Kluwer Italia
Riproduzione riservata