

Audizione informale

Commissione Giustizia, Camera dei Deputati

Progetti di legge C. 306 (*Meloni e altri*) e C. 2599 (*Carfagna e altri*) in tema di maternità surrogata realizzata all'estero

13 aprile 2022

Francesca Re

Avvocato e Dottore di Ricerca in Diritto Penale

Coordinatrice del Comitato dei Giuristi per le Libertà presso l'Associazione Luca Coscioni

I progetti di legge C. 306 (Meloni e altri) e C. 2599 (Carfagna e altri) in tema di maternità surrogata realizzata all'estero perseguono, nonostante alcune strutturali differenze normative, la finalità di estendere la punibilità - già sancita dall'art. 12 co. 6 della legge 40/2004 in relazione alle pratiche di gravidanza per altri - anche quando questa sia realizzata all'estero (da cittadino italiano nel caso della proposta di legge C. 2599)¹.

In relazione a tali proposte di legge vengono in rilievo tre distinti profili problematici: quello attinente alla **tecnica normativa**, quello attinente alle **scelte di politica criminale**, ed infine quello relativo all'**effettività e l'efficacia di tali proposte**.

1) **In relazione alla tecnica normativa.**

Da un punto di vista tecnico normativo, entrambe le formulazioni sono contrarie al **principio di legalità**, soprattutto rispetto alla sua declinazione in termini di **tassatività e determinatezza** della fattispecie, principi che dovrebbero presidiare le norme penali in funzione della stessa efficacia del sistema penale: "la determinatezza delle fattispecie incriminatrici rappresenta una condizione indispensabile perché la norma penale possa efficacemente fungere da guida al comportamento del cittadino"². Nel caso relativo alla gravidanza per altri, l'art. 12 co. 6 della legge 40, a cui le proposte di legge in esame accedono e si riferiscono, è stato, sin dalla sua introduzione, al centro di critiche rispetto alla sua formulazione.

¹ Entrambe le proposte di legge all'esame della Commissione intervengono sull'**articolo 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004** (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), che punisce con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro «*chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*». Pur avendo il medesimo titolo, ed esprimendo nelle relazioni illustrative la medesima volontà di perseguire il reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, il testo della proposta C. 603 (*Meloni e altri*) estende la punibilità tanto del commercio di gameti quanto della maternità surrogata ai fatti commessi da chiunque all'estero, mentre la proposta C. 2599 (*Carfagna e altri*) estende la punibilità del solo reato di surrogazione della maternità ai fatti commessi da un cittadino italiano all'estero

² G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, 2011

Nella proposta di legge 2599, si prevede che il “reato di surrogazione di maternità è perseguibile anche quando è commesso in territorio estero da cittadino italiano”. Neanche nella proposta di legge in esame vi è traccia della descrizione di una condotta tipica; la tecnica normativa, chiaramente “sintetica” e non certo “descrittiva” fa riferimento ad un concetto, quello di surrogazione di maternità che però non trova né nella proposta né all’interno della legge numero 40/04 una definizione precisa. Già solo la parola “maternità”, alla luce dell’evoluzione delle tecniche di riproduzione e delle relative formazioni familiari, ha di per sé una pluralità di significati.

L’art. 12, co. 6, cit., punisce con reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro “**Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità**”. La formulazione è ambigua. Come evidenziato dalla dottrina, infatti, si presta ad una duplice interpretazione dal momento che “oggetto” delle condotte di *realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione* è sintatticamente la “commercializzazione” che può essere grammaticalmente riferibile a gameti o embrioni e alla stessa surrogazione di maternità. In questo caso la norma andrebbe a sanzionare la sola gravidanza per altri commerciale e non anche quella solidale (coerentemente a quanto avviene rispetto ai gameti che possono essere, appunto, donati). Alternativamente, alcune letture considerano le condotte direttamente riferibili alla surrogazione di maternità che dunque risulterebbe *tout court* vietata.

Tale ambiguità è il primo sintomo di una pessima tecnica normativa che già rivela difetti di tassatività e determinatezza, resi ancora più evidenti dalle proposte di legge in esame.

L’art. 12 co. 6, lungi dal definire il concetto di “surrogazione di maternità” si limita a **stigmatizzare un fatto**, ad evocare negativamente il concetto normativamente nuovo di “surrogazione di maternità”. In questo modo, non si opera alcuna chiara delimitazione tra lecito e illecito penale. Esito particolarmente problematico rispetto a un percorso come quello della gravidanza per altri che è variegato nelle forme di manifestazione, a ognuna delle quali potrebbe corrispondere un disvalore qualitativamente e quantitativamente differente; e che, inoltre, implica l’apporto di varie persone, a diverso titolo, in momenti e luoghi distinti, sicché sarebbe necessario che la norma precisasse quali di queste azioni, di quali soggetti, in quali fasi, debbano ritenersi delittuose.

In effetti, la “gravidanza per altri” può essere a **scopo solidaristico oppure commerciale** e all’interno delle forme commerciali potrebbero individuarsi rischi di un possibile “sfruttamento”. Le tecniche di fecondazione assistita consentono diverse combinazioni genetiche e familiari: l’embrione può essere prodotto con i gameti dei due aspiranti genitori, e trasferito poi nell’utero di altra donna; essere prodotto grazie alla altrui donazione di gameti, femminili (provenienti dalla stessa prestatrice/locatrice di utero, o da altra donna ancora) e/o maschili (eventualmente provenienti dal partner della madre per procura). Altra variabile, di non poco significato per chi asserisce il primato della famiglia “tradizionale”: la coppia richiedente potrebbe essere omosessuale, o la richiesta potrebbe provenire da single, o da persona di età avanzata.

Dunque: nel punire, genericamente, la “surrogazione di maternità”, e nell’estendere tale punibilità anche se commessa all’estero, non è chiaro, a quale fattispecie tra le tante possibili la disposizione faccia riferimento. Fare riferimento a tutte le fattispecie e dunque i contributi causali significa incriminare indistintamente condotte eterogenee portatrici di diverso disvalore penale.

Tali rilievi attengono ad un profilo meramente tecnico, che fa riferimento a principi che regolano la normazione penale, soprattutto quello di legalità che implica appunto, precisione, determinatezza e prevedibilità dei contenuti della norma incriminatrice.

2) In relazione alle scelte di politica criminale

Occorre premettere che le carenze di tassatività e determinatezza sopra descritte producono un'importante conseguenza anche da un punto di vista dell'**individuazione del bene giuridico tutelato**. Il bene giuridico oggetto della tutela penale ha anche la funzione di delineare le scelte del legislatore in merito – appunto – alla politica criminale perseguita.

Nel caso della gravidanza per altri, mancando la definizione e la descrizione puntuale delle condotte punite rispetto alla realizzazione di tale percorso, non è possibile per l'interprete identificare che tipo di offesa il legislatore volesse prevenire nel 2004 e cosa oggi intenda effettivamente perseguire con l'estensione della punibilità anche verso fatti commessi all'estero. Il fumoso richiamo al concetto di **dignità della donna**, pur essendo molto "evocativo" è molto poco "denotativo" di un'offesa empiricamente dimostrabile. Tanto più è fumoso il bene asseritamente tutelato dalla norma e dalle proposte di legge in esame, tanto più diventa concreto, invece, il superiore interesse del figlio in carne e ossa misurato in rapporto alla realtà delle sue relazioni affettive e sociali.

E proprio la dignità umana rappresenta, in generale nell'ambito bioetico, ed in particolare all'interno della legge 40/2004, il bene giuridico più invocato, costituendo spesso oggetto di tutela delle varie disposizioni di carattere penale. Sembra quasi che la dignità umana sia una sorta di bene giuridico "onnipresente", spesso invocato in combinazione con beni giuridici di maggiore concretezza ed "affidabilità", e altre volte lasciato come unico bene oggetto di tutela di fattispecie di reato altrimenti prive di legittimazione. Invocare la dignità umana, come bene da tutelare al di sopra di qualsiasi altro interesse (la sperimentazione, il progresso, la genitorialità, la tutela del minore), ha un forte impatto emotivo sui consociati. Rappresenta infatti quel valore che accomuna qualsiasi essere umano e che può essere suscettibile di diverse interpretazioni. Il rischio è che tale bene "si presti con eccessiva precipitazione e con soverchio automatismo a fungere da bene-ricettacolo delle reazioni di panico morale da cui veniamo sopraffatti di fronte alle nuove e sorprendenti chances di intervento manipolativo consentite dall'evoluzione della genetica e delle bio-tecnologie"³.

Se non riusciamo a delineare le modalità di intervento lesivo su tali beni allora non possiamo legittimare l'intervento del diritto penale in tale ambito. Questo perché il principio di necessaria offensività presuppone che l'azione umana incriminata provochi un danno (o almeno un pericolo) al bene tutelato dalla norma. Sarebbe dunque illegittimo incriminare o semplicemente vietare un comportamento che in realtà non provochi alcun danno al bene oggetto di tutela. Sarebbe

³ FIANDACA, Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo, in "Riv. it. Dir. Pen. e proc. Pen.", 2007, p. 552

altrettanto illegittimo interdire un'attività - senza previamente bilanciare gli interessi in gioco - al fine di proteggere un determinato bene non valutando come contestualmente tale divieto provochi un danno ad un altro bene giuridico. Il diritto penale interviene in modo frammentario sia in relazione ai beni giuridici da tutelare sia in relazione alle modalità di aggressione ad uno stesso bene giuridico. Bilanciare significa valutare quale bene giuridico sia, in quel contesto, maggiormente meritevole di tutela penale. Un diritto penale consapevole del suo carattere sussidiario ed ispirato al principio di laicità, in grado di conservare una concezione liberale o critica del bene giuridico, non può tollerare l'incriminazione di fatti privi di dannosità sociale, che si limitano ad essere in contrasto con una determinata visione etica ed ideologica della vita.

Da un punto di vista di politica criminale vengono in rilievo due aspetti distinti afferenti al diritto interno e a quello sovranazionale.

a) **Diritto interno:**

Il divieto esteso e rafforzato così come risultante dalle proposte di legge in esame si pone in contrasto con gli orientamenti della giurisprudenza nazionale, impegnata, a seguito dell'entrata in vigore della legge 40 a **disciplinare lo status del nato da procreazione assistita eterologa (fra cui la gravidanza per altri) avvenuta anche all'estero**⁴.

In sintesi, secondo l'orientamento dei tribunali, quando il genitore puramente biologico, ma non "intenzionale e affettivo", contribuisce alla nascita, negare a priori il rapporto di genitorialità con i genitori invece "sociali, intenzionali, affettivi" significherebbe non già garantire un'altra, e migliore, identità familiare al figlio, bensì disgregarne l'identità familiare per difetto di alternative.

Ad oggi i Tribunali italiani non hanno mai ritenuto di punire la realizzazione di GPA ai sensi **dell'art. 6 c.p.**, che consente la punibilità di un fatto quando alcune condotte anche preparatorie abbiano determinato il suo compimento. Questo perché la giurisprudenza ha ritenuto gli atti preparatori inidonei o comunque non univocamente espressivi di un programma criminoso. Le condotte effettivamente afferenti e causalmente orientate alla realizzazione della GPA sono tutte realizzate in territorio estero, e per questo non punibili ai sensi dell'art. 6 c.p.

Il rafforzamento dell'impianto sanzionatorio ha il dichiarato scopo di dissuadere dal ricorso a tale tecnica di procreazione medicalmente assistita, a discapito però del nato dalla tecnica stessa. Infatti, il divieto assoluto, in termini di politica criminale, lungi dall'avere un'efficacia deterrente favorirebbe la clandestinità riducendo enormemente la tutela del minore.

⁴ Trib. Varese, ud. 8.10.2014, Giud. Sala sintetizza bene il concetto comune alla giurisprudenza nazionale sul tema: "lo Stato non può negare il riconoscimento del rapporto di filiazione tra i genitori che hanno fatto ricorso all'estero alla surrogazione di maternità e i bambini nati all'esito di tale tecnica per il concepimento, perché altrimenti lo Stato violerebbe un diritto convenzionalmente tutelato (il diritto dei minori al rispetto della loro vita privata). Pertanto, il soggetto che ricorre a metodi di fecondazione diversi da quelli consentiti e disciplinati dalla legge nazionale «non può vedersi disconoscere sic et simpliciter il proprio rapporto genitoriale, perché ciò costituirebbe una lesione intollerabile all'identità del figlio, ma al contempo non può formalmente dichiarare le circostanze in cui è nato il discendente, perché non è stata introdotta alcuna legislazione in ambito interno destinata a disciplinare simili attestazioni».

b) Diritto sovranazionale:

Le due proposte di legge in esame si pongono in evidente contrasto con quanto stabilito anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in merito alle conseguenze derivanti dal percorso di GPA nei confronti del nato da tali tecniche di PMA. La Corte infatti ha sempre riconosciuto massima tutela al superiore interesse del minore tanto che è arrivata nel 2014 a condannare la Francia per non aver trascritto un certificato di nascita del minore nato all'estero da GPA violando l'art. 8 della CEDU. Dalla giurisprudenza CEDU si desume chiaramente l'esistenza di un obbligo positivo derivante dall'art. 8 che impone agli stati contraenti di assicurare il prevalente interesse del minore anche quando nato per effetto di una pratica vietata dallo Stato nel quale il bambino vive.

3) In relazione all'effettività e l'efficacia delle proposte di legge.

L'art. 6 comma 1 c.p. sancisce innanzitutto il principio di territorialità affermando che è punito secondo la legge italiana "chiunque commette un reato nel territorio dello Stato". Nel secondo comma dell'art. 6 il legislatore ha in proposito accolto il principio di ubiquità stabilendo che il reato si considera commesso nel territorio italiano quando l'azione o l'omissione che lo costituisce è ivi avvenuta in tutto o in parte. Ovviamente ci si chiede se la parte di azione od omissione debba almeno integrare gli estremi di tentativo punibile, in realtà si concorda sul fatto che tali azioni rappresentino un anello essenziale della condotta conforme al modello criminoso.

Rispetto a tale principio occorre evidenziare che ad oggi, in piena vigenza del divieto di gravidanza per altri ai sensi dell'art. 12 co. 6 l. 40/2004, la giurisprudenza non ha mai ritenuto gli atti preparatori realizzati in Italia idonei o comunque univocamente espressivi di un programma criminoso. Le condotte effettivamente afferenti e causalmente orientate alla realizzazione della GPA sono tutte realizzate in territorio estero, e per questo non punibili ai sensi dell'art. 6 c.p.

Gli artt. 7, 9 e 10 c.p. contemplano invece diverse ipotesi di reati comuni commessi all'estero rispettivamente differenziate in ragione della natura del reato in questione. Alcuni reati, previsti dall'art. 7 c.p. commessi in territorio estero vengono incondizionatamente puniti secondo la legge italiana, alcuni identificati dallo stesso articolo 7 (contraffazione di sigilli, falsità in monete) altri indicati come "reati per i quali speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana".

L'art. 9 invece disciplina il fenomeno della punibilità del cittadino per i delitti comuni commessi all'estero diversi da quelli contemplati dall'art. 7 prevedendo delle condizioni di punibilità: 1) fatto punito con **l'ergastolo o la reclusione non inferiore ai 3 anni**, ovvero 2) che il cittadino si trovi nel **territorio dello Stato**. Se si tratta di delitto per cui è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia.

Considerando che l'art. 12 comma 6 della legge 40/2004 prevede la pena della reclusione da 3 mesi a 2 anni, sarebbe comunque necessaria la richiesta del Ministro della giustizia.

Stante l'inapplicabilità dell'art. 9, le due proposte di legge si inseriscono necessariamente nel quadro previsto dall'art 7 c.p., comma 5, che punisce reati commessi interamente all'estero in presenza di norme di legge speciali che stabiliscono applicabilità della legge penale italiana. In questo caso, le due proposte introducono una norma speciale che consente l'estensione della giurisdizione italiana per il fatto interamente commesso all'estero.

Le due proposte di legge, in deroga ai principi generali in tema di territorialità stabiliti dall'art. 9 c.p., introducono una norma speciale che consente l'estensione della giurisdizione italiana per il fatto interamente commesso all'estero.

E', però, opinione dominante e soprattutto recepita dalla giurisprudenza, che ai fini della punibilità in territorio estero il fatto costituisca reato anche alla stregua della legislazione penale dello stato estero (GALLO, CARACCIOLI, PAGLIARO)⁵, c.d. principio della doppia incriminazione.

Nel caso di specie dunque, si intenderebbe estendere la punibilità di un fatto che nel territorio in cui si realizza e' regolamentato.

Secondo altra tesi dottrinale la disciplina straniera potrebbe essere invocata dal cittadino italiano come **causa di giustificazione del fatto penalmente tipico** previsto dalla fattispecie penale italiana. Pertanto, i cittadini italiani che ricorressero alla GPA in un Paese in cui questa è regolamentata, non dovrebbero comunque essere puniti in Italia, nonostante le due proposte di legge. La Cassazione ha infatti escluso l'applicabilità dell'art. 12, comma 6, ai fatti commessi all'estero. Con la sentenza n. 13525 del 2016, la V sezione ha riconosciuto la scriminante **dell'esercizio putativo del diritto** nei confronti di chi, all'estero, in paesi dove è consentita, ricorre a pratiche di maternità surrogata.

In definitiva il testo di legge in commento può tecnicamente, al netto di valutazioni di politica criminale che arrecherebbero un diretto danno al superiore interesse del minore, pretendere di estendere il campo di applicazione della legge penale italiana anche a reati comuni commessi da cittadini italiani all'estero attraverso una norma iscrivibile nell'ambito dell'art. 7 c.p.

Restano però due importanti ostacoli difficilmente superabili:

- 1) Il principio consolidato della doppia incriminazione che renderebbe non esperibile un'indagine, ed inapplicabile una sanzione rispetto a condotte avvenute in un Paese che non solo le consente ma le regola e le disciplina.
- 2) In termini di politica criminale tale scelta arrecherebbe un diretto danno al superiore interesse del minore avallando il ricorso alla clandestinità e all'illegalità.

⁵ Infatti, parte della dottrina sostiene che esista un requisito implicito, sotteso all'art. 9 c.p., rappresentato dal *principio di doppia incriminazione*; occorrerebbe cioè che il fatto in questione sia punibile sia in base alla nostra legge penale che a quella straniera. Tale principio sembra avere trovato spazio anche in giurisprudenza (Cass. 17.9.2002, n. 38401, CED 222924), pur in riferimento ad una ipotesi non coincidente (delitto commesso all'estero dallo straniero), ma alla luce di enunciazioni più generali riferibili anche al caso in esame.