

LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ COME REATO UNIVERSALE.*

GIULIA BAZZONI**

* Contributo non sottoposto a referaggio in conformità a quanto previsto nel Regolamento della Rivista e destinato alla rubrica fonti internazionali

** giulia.bazzoni@univr.it

1. Introduzione al nuovo disegno di legge: la maternità surrogata quale reato universale

Il 16 ottobre 2024, il Senato della Repubblica ha approvato definitivamente, con 84 voti favorevoli, il D.d.l. 824/2024 a parziale riforma all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano.

Come noto, la maternità surrogata rappresenta una pratica di procreazione medicalmente assistita ormai diffusa in molti Stati attraverso la quale una donna, definita gestante, si impegna tramite un accordo a portare avanti una gravidanza per conto di una persona o coppia committente, convenendo di consegnare il bambino dopo il parto ai genitori intenzionali e rinunciando ad ogni diritto su di esso¹.

La modifica legislativa in parola ha reso siffatta condotta, che già costituiva una fattispecie criminosa ove commessa da chiunque nel territorio italiano, in un 'reato universale', estendendo la giurisdizione italiana anche alle condotte commesse all'estero da cittadini italiani.

In specie, la novità legislativa consiste nell'aggiunta di un nuovo paragrafo al comma 6 dell'articolo 12 della legge n. 40/2004, che ora recita: "Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti, embrioni o la surrogazione di maternità, è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con una multa da 600.000 a un milione di euro. 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".

Questa modifica comporta che i cittadini italiani che ricorrono alla maternità surrogata anche in Paesi dove tale pratica è legale e regolamentata possono essere perseguiti penalmente al loro rientro in Italia, rischiando la reclusione e una sanzione pecuniaria significativa. La legge rappresenta dunque un'estensione extraterritoriale del diritto penale italiano, creando una situazione in cui una condotta lecita nel paese dove viene compiuta diventa perseguibile in Italia.

¹ Dal punto di vista medico-biologico, la surrogazione può assumere due forme, a seconda che la gestante fornisca o meno anche il suo materiale genetico al bambino. In specie, nella surrogazione tradizionale, la gestante fornisce il proprio ovocita, diventando così madre genetica oltre che gestazionale del nascituro. In quella gestazionale, invece, la gestante porta avanti una gravidanza senza contribuire con il proprio patrimonio genetico.

2. L'accordo di maternità surrogata commerciale

L'accordo di surrogazione può avere natura commerciale o altruistica. Nel caso di accordo di surrogazione commerciale, alla gestante viene riconosciuto un compenso economico, oltre al rimborso delle spese mediche e di quelle correlate alla gravidanza.

Negli USA, dove la regolamentazione della maternità surrogata varia significativamente da Stato a Stato, in assenza di una legislazione federale uniforme, sono ormai numerosi gli Stati in cui è avvenuto il riconoscimento giuridico della liceità di siffatto accordo. In specie, California, Nevada, Illinois, Maine, Connecticut, Vermont, Delaware, New Jersey, New Hampshire, Rhode Island e lo Stato di Washington hanno promosso nel tempo l'adozione di regolamentazioni specifiche in favore della pratica di gestione per altri commerciale.

In questo contesto, le diverse normative tendono a stabilire l'obbligo di un compenso specifico per la gestante, che si aggiunge al rimborso delle spese mediche e alla copertura assicurativa.

Le regolamentazioni prevedono inoltre requisiti ben definiti per le gestanti, quali specifici limiti di età, il precedente completamento di almeno una gravidanza e la necessità di sottoporsi a *screening* medici e psicologici approfonditi.

Parallelamente, vengono definiti criteri di idoneità per i genitori intenzionali, che possono variare significativamente tra le diverse giurisdizioni. Questi criteri possono riguardare lo stato civile (matrimonio o singoli individui), l'orientamento sessuale (coppie eterosessuali o omosessuali), e la necessità o meno che almeno uno dei genitori intenzionali abbia un legame genetico con il nascituro.

Tali requisiti riflettono, a ben vedere, i diversi approcci sottesi alle varie giurisdizioni statunitensi nel bilanciare gli interessi di tutte le parti coinvolte nel processo di gestazione per altri.

In Europa, invece, la surrogazione commerciale è legalmente ammessa solo in un numero esiguo di Paesi, in ragione del rischio di sfruttamento e mercificazione del corpo della gestante. Invero, la maggior parte dei paesi europei ha scelto di vietare o limitare fortemente tale pratica commerciale, ammettendo in alcuni casi solo forme altruistiche.

Tra gli Stati in cui tale pratica è consentita, l'Ucraina rappresenta uno dei paesi in cui la surrogazione di maternità è maggiormente diffusa, distinguendosi per il suo quadro normativo relativamente permissivo anche per quanto attiene quella commerciale. Tale modello di gestazione per altri è infatti pienamente legale e regolamentato dal Codice della Famiglia ucraino e da specifiche disposizioni del Ministero della Salute. Tuttavia, la pratica ha dei requisiti stringenti per i genitori intenzionali, in quanto per questi è riservata a coppie eterosessuali coniugate con specifiche indicazioni mediche (infertilità o rischi per la salute della donna). Oltre a ciò, è richiesto che almeno uno dei due genitori

abbia un legame genetico con il bambino. Ad ogni modo, una volta soddisfatti i requisiti, per lo Stato ucraino, i genitori intenzionali vengono riconosciuti entrambi legalmente come genitori effettivi del bambino, senza necessità di adozione. Un altro paese in cui è ammessa tale pratica è la Georgia, dove il quadro normativo è simile a quello ucraino.

La Russia, infine, permette la surrogazione commerciale ma esclusivamente per le coppie eterosessuali coniugate o le donne single che soddisfino determinati requisiti.

3. La generazione per altri ‘altruistica’

La gestazione per altri può realizzarsi, altresì, attraverso accordi di natura ‘altruistica’, connotati dall’assenza di compensi commerciali. In questi casi, il rapporto tra la donna gestante e i genitori intenzionali si basa esclusivamente su principi solidaristici e prevede unicamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute durante la gravidanza, come quelle mediche e di mantenimento, escludendo qualsiasi forma di remunerazione aggiuntiva.

Proprio in virtù di questa impostazione non commerciale, numerosi ordinamenti giuridici europei si sono aperti a tale tipo di pratica, sviluppando quadri normativi che consentono la gestazione per altri (GPA) di tipo altruistico, distinguendola nettamente dalle forme commerciali.

Questo approccio riflette la volontà di permettere l’accesso alla genitorialità attraverso la surrogazione, mantenendo al contempo solide garanzie contro possibili dinamiche di sfruttamento. Difatti, tutti i sistemi giuridici che ammettono siffatta gestazione presentano diverse restrizioni e richiedono stringenti condizioni per potervi accedere, al fine di operare un controllo serrato sull’utilizzo della medesima.

Il sistema britannico, ad esempio, si caratterizza per un approccio pragmatico che non riconosce validità legale preventiva agli accordi di surrogazione, ma offre uno strumento giuridico specifico – il *parental order* – attraverso cui i genitori intenzionali possono ottenere il riconoscimento legale del loro rapporto con il bambino dopo la nascita, purché almeno uno di essi abbia un legame genetico con il nascituro.

In Grecia, invece, dove legislazione risale al 2002, è stato introdotto un sistema di legittimazione preventiva della surrogazione altruistica, subordinando la validità dell’accordo all’ottenimento di una preliminare autorizzazione giudiziaria; ciò al fine di eliminare *ex ante* potenziali controversie sulla genitorialità.

In Portogallo, la legislazione del 2016 inquadra la surrogazione altruistica come soluzione terapeutica, limitandone l’accesso a situazioni mediche specifiche: donne con lesioni o gravi patologie uterine che impediscono in modo

assoluto e definitivo la gravidanza, o in altre situazioni cliniche che giustificano il ricorso alla pratica.

Infine, un caso peculiare è sicuramente l'ordinamento olandese dove, pur in assenza di una legislazione specifica, tale pratica altruistica viene generalmente consentita sotto stringenti condizioni mediche e psicologiche. Il trasferimento della genitorialità, tuttavia, segue un percorso complesso che richiede l'adozione del bambino da parte dei genitori intenzionali dopo la nascita.

Al di fuori del contesto europeo, il Canada rappresenta un esempio significativo di regolamentazione della surrogazione altruistica. L'*Assisted Human Reproduction Act* del 2004 stabilisce infatti un chiaro discrimine tra pratiche consentite e vietate. In specie, è vietata qualsiasi forma di commercializzazione della surrogazione, con sanzioni penali per intermediari e promotori di accordi commerciali. All'opposto, sono consentiti accordi di surrogazione basati esclusivamente su principi di solidarietà, con rimborso delle sole spese ragionevoli e documentate sostenute dalla gestante.

4. Il Caso Italiano

Tornando all'ordinamento italiano, esso si pone tra i numerosi paesi europei, insieme a Francia, Germania, Spagna e Svizzera, in cui la surrogazione è vietata in tutte le sue forme.

Come accennato, la maternità surrogata è esplicitamente vietata dall'articolo 12, co. 6 della L. 40/2004 che contempla due differenti fattispecie criminose, ambedue punite con la reclusione da 3 mesi a 2 anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro: da una parte, la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione del commercio di gameti o di embrioni²; dall'altra parte, la realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della surrogazione di maternità³.

In merito a quest'ultimo, con la recente modifica legislativa avvenuta nell'ottobre 2024, l'aggiunta di un nuovo periodo alla fine del c. 6 dell'art. 12 della Legge n. 40/2004 ha notevolmente ampliato la portata della fattispecie criminosa estendendo la perseguibilità di siffatto reato, oggi universale appunto, anche alle condotte poste in essere dal cittadino italiano, riferibili al

² Come noto, a seguito della celebre sentenza n. 162/2014 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, tale reato ha oggi una portata ben più ristretta rispetto a quella che gli riconosceva originariamente il legislatore nel 2004, quando tale pratica di fecondazione era vietata.

³ In ipotesi di condanna, in base all'art. 12, comma 9, il medico è soggetto alla pena accessoria della sospensione dall'esercizio della professione da 1 a 3 anni. Per l'art. 12, comma 10, la struttura presso cui è stata praticata la PMA è soggetta alla sospensione dell'autorizzazione a eseguire interventi di procreazione assistita e alla revoca della medesima in ipotesi di recidiva o di plurime violazioni dei divieti previsti dall'art. 12.

delitto di surrogazione di maternità, pure se commesse in territorio estero, ove tale pratica è ammessa.

Questa estensione presenta, tuttavia, specifici limiti soggettivi, poiché si applica esclusivamente ai cittadini italiani, siano essi autori del delitto, concorrenti o vittime.

Tutto ciò implica che, anche se una coppia italiana stipula un accordo di maternità surrogata all'estero, potrà essere perseguita al suo ritorno in Italia. Oltretutto, sono previste pene non solo per la coppia di genitori intenzionali che commissiona la pratica, ma anche per intermediari e cliniche coinvolte.

Ora, il reato universale rappresenta lo strumento giuridico per estendere la giurisdizione penale nazionale a crimini commessi al di fuori dei confini territoriali dello Stato.

Tradizionalmente, questo principio viene applicato, ai sensi dell'art. 7 c.p., per crimini di particolare gravità e rilevanza internazionale, quali genocidio, crimini di guerra, tratta di esseri umani, tortura, terrorismo internazionale o pedofilia. Di conseguenza, la recente modifica legislativa italiana parrebbe essere intesa innalzare la gravità della pratica di gestazione per altri a crimine, sino a parificarlo ad un crimine internazionale, in quanto offensiva in modo intollerabile della dignità della donna, a fronte della mercificazione del corpo di quest'ultima, come tale punibile e perseguibile indipendentemente dal contesto geografico in cui avviene.

L'obiettivo primario della modifica legislativa è quindi contrastare il cosiddetto 'turismo procreativo', ossia la pratica di recarsi in paesi con legislazioni più permissive per accedere alla maternità surrogata. La legge si inserisce in una tradizione giuridica che considera alcuni valori fondamentali come non negoziabili, a fronte del fatto che la loro protezione deve trascendere i confini nazionali quando coinvolge come responsabili cittadini italiani.

Senonché, questa estensione extraterritoriale del diritto penale a pratiche che in altri ordinamenti sono considerate perfettamente lecite solleva numerose questioni giuridiche.

5. Le possibili criticità applicative della portata universalistica del reato

A prescindere dalla *ratio* sottesa all'estensione della gestazione per altri a reato universale, è evidente che l'effettività di tale legge penale incontrerà nella pratica ostacoli significativi.

Anzitutto, tale estensione extraterritoriale potenzialmente illimitata della giurisdizione penale apre a numerosi interrogativi relativamente alla sua effettività. In tal senso, sussisterebbero oggettive difficoltà di accertamento del reato avvenuto all'estero, atteso che gli Stati esteri coinvolti potrebbero rifiutare ogni forma di collaborazione, come ad esempio fornire informazioni sui cittadini italiani che accedono alla pratica nei loro territori, alla luce della liceità

della condotta per i propri ordinamenti. Di conseguenza, è probabile che le autorità italiane incontreranno notevoli difficoltà nell'individuazione dei casi di maternità surrogata praticati all'estero, dovendo spesso basarsi su elementi indiziari che emergono solo al momento dell'iscrizione anagrafica del bambino in Italia.

Oltre a ciò, un aspetto particolarmente delicato attiene la tutela dei diritti dei minori nati attraverso maternità surrogata all'estero, questione oggetto di recenti sentenze sia a livello nazionale⁴ che internazionale⁵.

In particolare, la criminalizzazione della pratica rischia di creare situazioni di incertezza giuridica riguardo allo *status* dei bambini nati mediante surrogazione, con potenziali ripercussioni sul riconoscimento della filiazione. Si pone dunque la questione del complesso bilanciamento tra la politica legislativa nazionale e il principio riconosciuto anche a livello internazionale del cd. *best interest of the child*. Invero, il disvalore della pratica in questione non solleva dal dovere di tutela dei minori nati attraverso il ricorso a questa pratica, ciò potendo implicare anche la preservazione delle loro relazioni affettive con i genitori d'intenzione.

È evidente, dunque, come il dibattito giuridico, etico e sociale sulla maternità surrogata come reato universale sia destinato a proseguire, con potenziali sviluppi su diversi fronti. In proposito, è possibile che la Corte Costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della norma.

⁴ Si fa riferimento, in particolare alle note sentenze: Cass. Civ. SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193 e Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33. Infine, merita di certo rammentare la recente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, n. 38162 del 30 dicembre 2023 dove la Corte è tornata ad occuparsi del riconoscimento del provvedimento straniero che attesta il rapporto filiale tra il cd. genitore d'intenzione e il bambino nato da maternità surrogata. Relativamente alla decisione in esame, i giudici di legittimità in composizione collegiale, ponendosi nel solco della giurisprudenza nazionale e sovranazionale in tema, hanno ribadito il diniego alla possibilità di delibazione di un provvedimento straniero che attesta il rapporto di filiazione con il cd. 'genitore d'intenzione' di un bambino nato da maternità surrogata.

⁵ In particolare, in tema di maternità surrogata, la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata più volte a pronunciarsi per asserita violazione del diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 CEDU), del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU) e per rifiuto di trascrivere il certificato di nascita di un bambino nato all'estero da maternità surrogata. Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 16 luglio 2020, D. v. France, causa C-11288/18; Corte EDU, 14 dicembre 2021, V.M.A. v. Stolichna obshtina, rayon «Pancarevo», causa C-490/2020; ancora, Corte EDU, 26 giugno 2014, Mennenson v. France e Labassee v. France, causa C-185/2014. Sempre in argomento, si consideri il parere consultivo reso il 10 aprile 2019 dalla Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulla base del protocollo n. 16 annesso alla CEDU su richiesta della Cour de Cassation (domanda n. P16-2018-001). Per un commento al parere, si faccia riferimento in questa rivista all'articolo di O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, 2019, II, p. 1 ss; <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/fascicoli/2-2019/1442-il-primo-parere-consultivo-della-cedu-su-richiesta-di-un-giudice-nazionale-e-l-ordinamento-giuridico-italiano>.

La sfida più complessa rimane comunque quella di trovare un equilibrio tra la tutela di principi etici fondamentali e la protezione dei diritti individuali dei bambini nati attraverso questa pratica.

In conclusione, la trasformazione della maternità surrogata in reato universale rappresenta una scelta legislativa dai profondi risvolti, che si inserisce in un dibattito internazionale più ampio sulle nuove frontiere della procreazione e della genitorialità nell'era contemporanea.