



## APOTEOSI DEL DIRITTO PENALE SIMBOLICO

Gian Domenico Caiazza

La maternità surrogata è, da sempre, una questione assai complessa e controversa, ricca di implicazioni etiche, sociali, e naturalmente - scusate se è poco - anche biologiche, destinate perciò stesso a creare dibattito, scontro culturale e ideologico, competizione politica. Tutto giusto, non potrebbe essere diversamente. Anche chi vi scrive - ma è una opinione personalissima, che non impegna in alcun modo PQM - nutre non poche riserve e perplessità di fronte alla sola idea che la donna che cresca un figlio in grembo lo possa fare sapendo di doversene separare. E anche il punto di vista del figlio mi pare troppo spesso trascurato.

Dunque, in questo numero di PQM affrontiamo nel modo più laico possibile una questione ricca di implicazioni e di problematiche, nel rispetto profondo di ogni diversa opinione che se ne possa maturare. Ma qui, ancora una volta, il tema è prepotentemente un altro, perché questa questione serissima è diventata in questi mesi l'occasione per l'ennesima, desolante farsa. La ricerca del consenso a costo zero, ormai lo hanno capito anche i muri, conosce una sola strada: il diritto penale, brandito come una clava o, meglio ancora, come un vessillo bellico. L'ossessione di mandare messaggi (sicuritari, etici, ideologici) ha questa peculiare caratteristica: crea danni devastanti in termini di equilibrio e razionalità del sistema penale ma al contempo, molto spesso - direi quasi sempre - non raggiunge l'obiettivo tecnico che la nuova norma si proporrebbe.

Il famoso "reato universale" di maternità surrogata è un caso esemplare di questa sciagurata ma ormai sistematica attitudine del legislatore italiota. Vi prego di leggere le fulminanti, cristalline considerazioni critiche di Tullio Padovani, uno dei grandi giuristi italiani che spesso ci onora della sua preziosa, amichevole partecipazione ai buoni propositi di questo nostro PQM. In poche parole, non esiste nessun "reato universale" se non nelle velleitarie intenzioni propagandistiche dei proponenti. L'uso di questo biblico aggettivo, che in quelle grottesche intenzioni vorrebbe comprendere nella sua furia sanzinatoria chiunque, italiano o straniero, compisse ovunque, in Italia o all'estero, l'infamia della gravidanza surrogata, ha dovuto arrendersi alla impossibilità tecnica di quel proposito, segnato da alcuni principi generali del nostro diritto penale alquanto inderogabili. Lo straniero che commetta all'estero un fatto che, in quel Paese, non è considerato reato non potrà mai essere punito una volta messo piede in Italia, se non nelle stravaganti ambizioni di qualcuno dei non pochi politici nostrani che amano parlare di cose che non sanno. Per il resto, se parliamo del cittadino italiano che va a fare la surrogata all'estero, si scopre che il nuovo "reato", mantenendo una pena inferiore ai tre anni, non aggiunge proprio un bel nulla a quello precedente (perché era già previsto dalla legge come reato, dal 2004): è perseguibile previa autorizzazione del Ministro della Giustizia, perché tanto prevede l'art. 9 comma 2 del nostro Codice penale.

Eccoci, quindi, di fronte alla inutile sceneggiata di una riforma che non riforma (per fortuna, aggiungo) un bel nulla, ma che riesce comunque a fomentare furibondi dibattiti televisivi e mediatici, i quali sono alla fin fine il vero obiettivo di questo legislatore in perenne favore di telecamera. Tutto molto deprimente, non trovate anche voi? Buona lettura.

Segue a pag. 2



### La conversazione

#### REALTÀ E PROPAGANDA, PARLA TULLIO PADOVANI

Eriberito Rosso

Loenzo Zillettì

**D**el reato di maternità surrogata, discutiamo con Tullio Padovani, già professore ordinario di Diritto Penale alla Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, avvocato e membro dell'Accademia dei Lincei. In particolare, se il legislatore - con l'approvazione definitiva del DDL n. 824 - abbia introdotto un'ipotesi di reato universale.

La nuova previsione è sufficiente per ritenere che oggi si applichi ai fatti commessi all'estero l'art 7 del Codice penale e dunque non siano più necessarie per iniziare un processo né richiesta del Ministro, né presenza della persona nel territorio dello Stato?

L'art. 7 mi pare mal invocato. Si è sollevato un gran polverone, forse ad arte, per ragioni propagandistiche.

Segue a pag. 2

### La sbornia giustizialista

#### UN ERRORE LA SANZIONE PENALE PER LA GPA

Aurora Matteucci

**U**tero in affitto, maternità surrogata, gestazione per altri, turismo procreativo. Sono molte le parole che si usano per descrivere, tra i modi di nascere, quello che avviene grazie all'intercessione di una donna che non sarà madre del figlio che partorirà. Nessuna di esse è neutra. Anzi, questa straordinaria varietà lessicale cela in sé un "ordigno etico" ben preciso scagliato, per lo più, contro questa pratica. Fa eccezione il termine "gestazione per altri" che evoca, almeno lessicalmente, la possibilità di un fine solidaristico, di uno scambio equo, di un incontro di volontà senza coartazione.

Quale che sia la locuzione prescelta, la dissociazione tra gestazione e genitorialità mediante il ricorso ad un corpo altro - già punita in Italia dall'art. 12 della l. n. 40 del 2004 - viene oggi elevata al rango di "reato universale".

Segue a pag. 2

### Diritto penale manipolato

#### LA SFUGGENTE CATEGORIA DEI REATI UNIVERSALI

Alessio Lo Giudice

**S**ul piano meramente descrittivo, la figura del reato universale sarebbe applicabile a quelle fattispecie di reato per le quali è prevista la possibilità di punire le relative condotte attuate ovunque e da chiunque (cittadino italiano o straniero). Il recente richiamo, da parte del decisore politico italiano, a tale categoria desta, però, molteplici perplessità. In particolare, non pare esserci sufficiente consapevolezza dei presupposti e delle implicazioni che l'accostamento della categoria dell'universalità al diritto, e al diritto penale in particolare, comporta.

Limitandosi al dato letterale, il concetto di reato universale sembrerebbe evocare una costruzione di matrice giusnaturalistica. Potrebbe, infatti, indurre a pensare che, a prescindere da qualsiasi opera di positivizzazione giuridica, esistono delle condotte che sono naturalmente ed eternamente criminali.

Segue a pag. 3

## IL COLLOQUIO

# REALTÀ E PROPAGANDA

## Conversazione con Tullio Padovani

Eriberto Rosso\*

Lorenzo Zilletti\*

SEGUE DALLA PRIMA

**E** indispensabile, pertanto, chiarire la questione in termini sistematici. Qual era la situazione prima dell'approvazione di questa legge? Fino a ieri il nostro ordinamento contemplava il delitto previsto dall'articolo 12 comma 6 della legge n. 40/2004, in forza del quale «*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*». Dal punto di vista della punibilità, se si fosse trattato di un fatto commesso all'estero, quale sarebbe stata la disciplina da seguire? Al cittadino presente nel territorio dello Stato si sarebbe applicato il comma 2 dell'art. 9 del Codice penale, che subordina la

procedibilità alla richiesta del Ministro della Giustizia. La stessa Cassazione ha avuto modo di occuparsi di plurime questioni attinenti al reato, addirittura statuendo sulla legittimità a formulare la cd. richiesta da parte di un sottosegretario.

Dunque, la punibilità del cittadino italiano che avesse commesso all'estero il delitto di surrogazione della maternità era pacifica, purché si verificassero le condizioni previste dalla normativa generale.

**Puoi illustrare ai lettori quale fosse, invece, il trattamento riservato allo straniero?**

Per quest'ultimo non si è mai posto il problema, in ragione dell'entità esigua della sanzione detentiva, che non consente l'applicazione dell'art. 10 C.p. e quindi di procedere in Italia contro lo straniero, ancorché il fatto nel suo paese fosse illecito.

**Dopo un percorso tortuoso, accompagnato da tanto clamore, la nuova legge ha aggiunto al comma 6 dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004 questa previsione: «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». Che cosa è cambiato?**

Non è cambiato niente, assolutamente niente! È un intervento di "novazione" legislativa: si è "novato" una disposizione che già esisteva, adattandola al caso particolare. Non saprei dargli un altro senso. All'inizio, il proposito dichiarato dai promotori era quello di introdurre un reato universale: la versione originaria prevedeva, infatti, la punibilità anche per lo straniero. Ciò in deroga ai limiti di pena di cui all'art. 10 e sulla falsariga dell'art. 7, che prevede casi di reati punibili in base alla legge italiana a prescindere dalla cittadinanza di chi li ha commessi e ancorché siano commessi all'estero. Si trattava di una proposta giuridicamente eversiva, perché avrebbe coinvolto nella punibilità soggetti che nel loro ordinamento avevano agito in modo lecito. Ed aberrante, perché avrebbe scavalcato l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 10, circa la necessità della cd. doppia incriminazione per lo straniero: il fatto deve essere punibile sia all'estero che in Italia.

Resasi conto che questa strada era impercorribile, la maggioranza ha ripiegato sulla "novazione" di ciò che già c'era, introducendo nell'ordinamento una norma *ad pompam*: un tratto che caratterizza la politica legislativa penale di questo governo, che ci ha abituati a norme manifeste. In questo caso, è come se si fosse voluto esaltare l'intransigenza nel difendere fino in fondo la propria idea di maternità.

**Al di là della propaganda, si è persa l'occasione per occuparsi dei temi che più**



### Il Macaron

**LEGGE VARCHI: son tutte ree le mamme del mondo/ quante pene l'amor vi dá (Villa-Devoto-Villa)** **L.Z.**

**necessitavano di un intervento legislativo, disattendendo anche le sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale.**

Non c'è dubbio: anche se la Corte si è più volte pronunciata sul carattere costituzionalmente lecito dell'incriminazione della cd. maternità surrogata, non ha mancato di sottolineare la necessità di assicurare sempre la tutela del minore, oggi non certo garantita in forma adeguata.

**Compreso che parlare di reato universale sarebbe un fuor d'opera, rimane il fatto che i proponenti rivendicano di aver rimosso, per la punibilità del cittadino, la condizione di procedibilità prevista dall'art. 9 comma 2 C.p.**

È mia opinione che la disposizione appena approvata non modifichi le regole sulla procedibilità. Se si fosse voluto spostare sotto la disciplina dell'art. 7 numero 5 la punibilità della maternità surrogata commessa all'estero, la previsione non doveva limitarsi ad evocare l'applicabilità della legge italiana. Quest'ultima consiste proprio nella vigente disciplina di cui all'art. 9, derogabile soltanto alle condizioni a sua volta stabilite nell'art. 16: «*Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti*». Conseguenza è che, per procedere, continuerà ad essere necessaria la richiesta ministeriale.

\*Avvocati penalisti

# GESTAZIONE PER ALTRI, UN ERRORE LA SANZIONE PENALE

Aurora Matteucci\*

SEGUE DALLA PRIMA

**D**al 16 ottobre, tutte le coppie che si recheranno all'estero, anche nei paesi in cui è lecito, per dare alla luce un figlio in queste forme, saranno punite secondo la legge italiana. Un monito per chi, non certo con leggerezza, affronta il lungo, doloroso, faticoso e costoso percorso per la realizzazione di un desiderio: la legge italiana vi seguirà e vi perseguirà ovunque vi rechiarete. Fuori dall'eco degli slogan e dalle questioni etiche e politiche che suscita la questione, occorre provare a fare un po' di chiarezza anche sul piano strettamente tecnico.

Anzitutto cosa si intende per reato universale? A questa categoria appartengono, per esempio, reati come il genocidio, la tratta di esseri umani, la tortura, i crimini contro l'umanità. Reati la cui gravità è riconosciuta universalmente dalla comunità internazionale. Al contrario, il reato di gestazione per altri intanto non è universalmente riconosciuto come illecito, visto che in molti paesi la pratica è assolutamente consentita. Ma, altra incoerenza, non è neppure un reato grave. Del resto, bocciato - vivaddio - l'emendamento della Lega sull'inasprimento sanzionatorio, è punito, tanto se consumato in Italia, tanto se consumato all'estero, al massimo con 2 anni di reclusione.

Sebbene la vulgata abbia etichettato questa ennesima prodezza come "reato universale" che, grazie alla nuova legge, sarà punito anche su Marte, in realtà, udite udite, i rischi di incriminazione erano possibili anche prima, come dimostrano alcune (poche) sentenze della Cassazione che si sono occupate del caso. Questo perché il nostro codice penale (art. 9, comma 2) prevede che quando il cittadino commette all'estero un reato non grave, può essere punito in Italia a richiesta del Ministro della Giustizia. Dunque, la punizione o meno della coppia che



si recava all'estero per avere un figlio ricorrendo alla Gpa, dipendeva, ieri, da una scelta politica affidata all'Esecutivo. Non solo: è opinione diffusa, anche se controversa, che per punire un cittadino che ha commesso all'estero un reato sia necessaria la doppia incriminazione. Cioè occorre che quel fatto sia previsto come reato anche nello Stato straniero. È una regola non scritta, potremmo dire implicita, divenuta però una specie di sentire comune. Per questo, nel 2016, la Cassazione ha assolto una coppia di genitori che si era recata in Ucraina, confidando, incolpevolmente, sul fatto che la liceità all'estero fosse sufficiente a ritenere non punibile anche in Italia quella condotta.

Allora, vien da chiedersi, a cosa è servito tanto rumore? Anzitutto a disincentivare ulteriormente pratiche che già prima, reato universale o meno, incontravano le tenaglie di una burocrazia feroce legittimata anche da una giurisprudenza restia a riconoscere lo status di genitore a quello c.d. internazionale. E a far credere che si potrà punire meglio, senza il passaggio alla richiesta del Ministro della Giustizia, dimenticando (o facendo finta di dimenticare) la difficoltà di raccogliere prove (nonostante il monito della Ministra Roccella ai medici di denunciare sospetti di maternità surrogata) nei paesi in cui tale pratica è lecita.

Ma, ahinoi, tanto rumore non è per nulla, perché qualcosa, comunque, svela. Va detto, infatti, che il favore per l'introduzione del reato universale di gestazione per altri ha riscosso sostegni trasversali, provenienti dai banchi opposti delle aule parlamentari. Una *vox media*, una bandiera buona per ogni stagione e per ogni causa a prescindere, insomma, da quale tessera di partito si porti in tasca. Punire tutte le coppie in qualsiasi parte del mondo è sì un vessillo securitario figlio della sbornia giustizialista (per citare E. Antonucci) di questo Governo - che, non dimentichiamolo, ha introdotto ben 48 nuovi reati in soli due anni - ma è obiettivo anche di chi ritiene che il ricorso allo strumento penale sia l'unica strada per tutelare le donne (basti qui ricordare l'appello "stop surrogacy now" rilanciato in Italia da Snoq/libere).

Una tale trasversalità di consensi è, forse, il segno più tangibile della resa della politica tutta di fronte a questioni, come questa, in cui il ricorso allo strumento penale finisce, da un lato, per silenziare dibattiti necessari e doverosi, che chiamano in causa dilemmi laceranti, di ordine culturale, filosofico, bioetico e, dall'altro, per ignorare la vastità delle opzioni in cui si esprime la vita, in cui germinano fragilità (spesso ricorrono alla Gpa donne che hanno

subito l'asportazione dell'utero), intrecci di corpi e di biografie, profondi mutamenti sociali destinati a rovesciare gli schemi, ormai anacronistici, della c.d. famiglia tradizionale.

Quando si maneggia la materia complessa del venire al mondo, occorre, invece, un dibattito laico, libero da inquietudini emotive, capace di disvelare la straordinaria eterogeneità delle storie implicate, non tutte riconducibili alla tradizione biblica di Abramo e Sara e allo sfruttamento della schiava Agar o al racconto dell'ancella di Margaret Atwood. Quel che si annida dietro l'isteria penale del proibire è, al fondo, l'impossibilità di accettare la sovranità delle donne sul proprio corpo, l'autodeterminazione sessuale, espressa anche dalla libera scelta di portare avanti una gravidanza per altri/e. Un assolutismo etico che nega persino l'ovvio: e cioè che l'ordine simbolico della madre va ben al di là del determinismo biologico (L. Rocchetti, *Davvero il diritto penale salverà le donne? Tra surrogazione di maternità e Gpa*, in Crs, 4.4.2023).

Che ne è delle donne che decidono, liberamente, scientemente, consapevolmente e responsabilmente di portare avanti una gravidanza per altri/e? Vengono estromesse dal dibattito, schiacciate da un'ipertrofia protettiva che riduce tutte, sfruttate e consenzienti, entro le strette della categoria di vittime. A questa logica risponde anche la recente direttiva (UE) 2024/1712 dello scorso 13 giugno che ha inserito la *surrogacy* tra le forme di tratta di esseri umani. Con un distinguo, non da poco: in quel contesto si è messo l'accento sullo sfruttamento della maternità surrogata.

E che ne è dei bambini e delle bambine? «Sono errori da non ripetere» (come ben ha scritto Matteo Uslenghi, raccontando al Post la sua storia di padre di due gemelle nate, negli Stati Uniti, grazie al sostegno di Wendy). Più brutalmente, sono corpo del reato.

\*Avvocata penalista

## LA MANIPOLAZIONE DEL DIRITTO PENALE

# Sulla sfuggente categoria dei reati universali

Alessio Lo Giudice\*

SEGUE DALLA PRIMA

Siano essere previste o meno da norme di ordinamenti nazionali, sovranazionali o da norme di diritto internazionale. Questa prima accezione, sebbene possa apparire coerente con nobili orientamenti della scienza giuridica, indipendentemente dalla sua debolezza teorica e dalla sua infondatezza storica, appare insostenibile in un mondo complesso e globale dove lo sfondo multiculturale conduce ad un esasperato pluralismo giuridico.

Se invece si volessero dedurre i contorni del concetto di reato universale dalla disposizione (art. 7) del Codice penale che prevede la possibilità di punire secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluni reati (indicati nello stesso art. 7), giungeremmo a cogliere nella difesa dello Stato italiano, della sua immagine, del suo decoro e del suo interesse come istituzione, la ragione principale della deroga al principio di territorialità del diritto penale. I delitti per la cui punizione è prevista tale deroga sono, infatti, i delitti contro la personalità dello Stato; i delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto; i delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato; i delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni. A questi va anche aggiunto il delitto politico previsto dall'art. 8 del Codice penale. In effetti, più che reati universali secondo una precisa e stringente accezione teorica, si tratterebbe, in questi casi, di reati extraterritoriali perseguiti a tutela dell'interesse dello Stato come istituzione.



Più ragionevole, dal punto di vista della teoria del diritto, è, invece, servirsi della clausola aperta contenuta nell'ultima parte dell'art. 7 del Codice penale, ove si prevede che la deroga al principio di territorialità del diritto penale si estende a "ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana". Infatti, il richiamo alle convenzioni internazionali ci consente di intendere la previsione dei reati universali come incarnata principalmente dalla categoria dei crimini internazionali e, in particolare, da quelle fattispecie di estrema gravità come nel caso dei crimini contro l'umanità, della tortura, del genocidio, della riduzione in schiavitù. Si tratta di reati che sono riconducibili a previ-

sioni normative di livello internazionale chiaramente individuabili e che trovano, altresì, riscontro in molteplici pronunce giurisprudenziali sia nell'ambito nazionale sia nell'ambito internazionale.

A ben vedere, nonostante le criticità sul piano applicativo delle norme appena richiamate, ciò che caratterizza la previsione dei crimini internazionali di estrema gravità è l'ampio riconoscimento da parte della comunità internazionale e l'altrettanto diffuso richiamo da parte di molti ordinamenti nazionali. In altre parole, l'universalità di tali reati, qualificazione qui condivisibile dal punto di vista teorico, deriva dal generale riconoscimento culturale e normativo da parte della comunità internazionale generalmente intesa, e non, in sé e

per sé, dal presunto fondamento ontologico o metafisico del divieto di realizzare le condotte criminali in oggetto o dalla necessità di tutelare gli interessi dello Stato.

Ebbene, l'utilizzo contemporaneo della categoria dei reati culturali, a prescindere dall'oggetto specifico (nel caso italiano la categoria in questione è stata richiamata in relazione alle norme previste per ostacolare, senza alcuna efficacia, l'attività degli scafisti dopo la strage di Cutro, e per contrastare la pratica della cosiddetta maternità surrogata) non appare riconducibile né all'accezione giusnaturalistica né alla ragionevole accezione internazionalistica e neanche alla necessità di tutelare gli interessi dello Stato come istituzione. Sarebbe invece riconducibile alle speciali disposizioni di legge che possono introdurre, ai sensi dell'art. 7 del Codice penale, nuove deroghe al principio di territorialità del diritto penale. Ma, indipendentemente dalla coerenza normativa delle recenti previsioni con l'ultima parte dell'art. 7 del Codice penale, si tratta, in realtà, di disposizioni che non sono certamente supportate da un ipotetico fondamento teorico di tipo universalistico e che, soprattutto, non registrano un riconoscimento generalizzato della comunità internazionale.

Più che reati universali, corrispondono, dunque, a forme locali di ipertrofia penalistica. Il loro valore è soprattutto simbolico e retorico, quale espressione del potere di rivendicare una specifica declinazione dell'identità nazionale spacciata, invece, come istanza morale universalistica. In fin dei conti, attraverso il richiamo alla nozione di reato culturale che, nei casi più recenti, è evidentemente povero dal punto di vista teorico, si manipola e si strumentalizza il diritto penale. Quest'ultimo viene utilizzato quale mezzo di comunicazione con l'opinione pubblica, quale forma di trasmissione di messaggi politici propagandistici, senza che sia prestata la dovuta attenzione alla coerenza sistematica della scelta di ricorrere allo strumento penalistico e alla concreta applicabilità delle disposizioni introdotte.

\*Professore ordinario di Filosofia del diritto

Filomena Gallo\*

## LEGGE VARCHI, NORMATIVA DA CAMBIARE SUBITO

Il 16 ottobre scorso è stata approvata la legge Varchi. A seguito dell'entrata in vigore della legge, l'articolo 12 comma 6 della legge 40 del 2004 che detta norma in materia di procreazione medicalmente assistita sarà così formulato. 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. 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.

Che cosa significa? Che anche i cittadini italiani potranno essere perseguiti se hanno avuto un figlio tramite la gravidanza per altri (GPA) in uno dei tanti paesi in cui è legale. Che cosa significa davvero? Cioè che cosa potrebbe succedere una volta tornati in Italia? Non è facile immaginare come sarà applicata questa estensione del reato della "surrogazione di maternità" perché la possibilità di perseguire qualcuno per un reato richiede il cosiddetto principio di doppia incriminazione: cioè non possiamo condannare qualcuno che ha seguito le leggi del luogo in cui ha agito ma ci servirebbe che fosse un reato anche in quel luogo. Penso a reati come la tortura, l'omicidio o altre gravissime condotte che superano il limite territoriale delle giurisdizioni nazionali.

La legge Varchi, forzando il diritto penale, cerca di superare questo principio modificando le modalità per perseguire, o meglio inseguire, un italiano che va nei paesi dove è lecita e normata la GPA. Eppure la proposta di legge Varchi è diventata una legge e quindi ci troveremo a gestire situazioni molto complicate (e molto dolorose). Il primo ostacolo potrebbe essere proprio l'acquisizione delle prove a carico delle persone: la procura italiana deve chiedere a un altro paese di collaborare nella ricerca di prove per condannare delle persone che lì hanno agito legalmente. C'è insomma un problema procedurale. E poi ci sono altri problemi, come l'escludere che ci sia una qualche forma di gravidanza per altri che non sia da condannare, perché lesiva della dignità della donna (che sembra essere priva della capacità e della possibilità di scegliere). Una forma che



garantisca i diritti di tutte le persone coinvolte – come fanno molte leggi, come quella inglese o quella canadese.

Ricordo anche che lo scorso 24 aprile il Parlamento europeo ha approvato la direttiva 2011/36/UE sulla tratta di esseri umani. La cosiddetta direttiva anti-tratta ha esteso i confini della tratta includendo anche lo sfruttamento della gravidanza per altri. Cioè non tutte le possibili gravidanze per altri ma solo quei casi in cui c'è abuso, induzione o sfruttamento, quindi violazione della libera scelta della donna. Questo è un punto fondamentale. Sia perché non possiamo che essere tutti d'accordo nel condannare e nel cercare di evitare situazioni di questo tipo, sia perché non si sta condannando in assoluto una possibile condotta ma solo in alcuni casi. Nonostante le possibili difficoltà applicative

e l'ingiustizia di questo reato, le persone sono comprensibilmente molto spaventate. Ci hanno scritto molte coppie preoccupate, coppie che per diverse ragioni non possono avere un figlio (per malattie o per condizione) e che avevano avviato un percorso di gravidanza per altri o che ci stavano pensando. Fino alla legge Varchi, l'ostacolo era il divieto in Italia e quindi la necessità di andare altrove, ovviamente creando una discriminazione rispetto a un legittimo desiderio. Non tutti erano in grado di affrontare le difficoltà emotive e le spese di un viaggio e di una permanenza in un altro paese. E poi ci sono anche le spese per la fecondazione assistita e le spese per la gravidanza per altri, presenti anche nella forma solidale perché ci sono visite, cambiamenti di vita, a volte astensione dal lavoro. Insomma, una serie di spese che dovranno essere rimborsate.

Ora si aggiunge la minaccia della reclusione e di una multa altissima. Tutto questo in nome della difesa dei bambini e delle donne di altri paesi che secondo la maggioranza di governo sono donne costrette dalle leggi dei loro paesi a fare qualcosa che non vogliono, la loro dignità è offesa dalla legge dei paesi che prevedono la GPA. Ed è davvero difficile capire in che modo questo "reato universale" protegga i bambini e anche le donne. In Argentina, dove non c'è un divieto di GPA o una legge ma sono i tribunali che intervengono su ogni caso, una coppia italiana è stata fermata in base alle norme del luogo e non in virtù di legge Varchi, perché non è ancora in vigore e, in ogni caso, non avrebbe il potere di un fermo in un paese straniero. Ora le autorità locali accerteranno i fatti ma tutto ciò non sarebbe avvenuto se ci fosse stata una legge di garanzia.

L'Associazione Luca Coscioni, insieme ad altre associazioni e a esperti, ha elaborato una proposta di legge per la gravidanza per altri solidale, le cui premesse sono il rispetto e libertà di scegliere delle donne, la tutela dei figli e dei genitori intenzionali. La nostra speranza è che questa legge ingiusta, la Varchi, sia abrogata e sostituita da una buona legge, che è lo strumento migliore per vigilare sugli abusi e per garantire i diritti a tutti. Nel frattempo, con il nostro gruppo legale, siamo pronti a difendere in Italia le persone colpite da questa legge ingiusta e insensata, siamo pronti ad andare nei tribunali e nelle sedi opportune nella speranza di ripristinare una possibilità che la medicina ci ha offerto e che una legge cieca e feroce vuole giudicare come sempre e necessariamente abominevole. Cerco di essere ottimista pensando a come in questi anni insieme a tante persone abbiamo eliminato moltissimi divieti, altrettanto ingiusti e discriminatori, della legge 40. Certo, il prezzo è alto ed è fatto dal tempo, dalla paura, dal senso di impotenza di tutte le persone colpite da un divieto sbagliato.

\*Avvocata, Associazione Luca Coscioni

## LA SCHEDA

## LA LEGISLAZIONE DEGLI ALTRI

Sabrina Viviani\*

Con l'espressione maternità surrogata, come con quella meno dura di gestazione per altri, si intende riassumere un fenomeno complesso, dalle tante sfaccettature e ricadute nella vita delle persone coinvolte che anche quando è frutto di una scelta per tutti libera e consapevole porta con sé non semplici temi etici, sociali e, ovviamente, giuridici. Il Parlamento italiano ha proprio in queste settimane rivisitato "una materia così complessa", semplicemente tentando di agevolare la punizione di chi fa ricorso a tale pratica all'estero. È questo il senso della nuova previsione dell'art. 12 sesto comma della Legge 40/2004, come modificato con il DDL 824 approvato in via definitiva dal Senato il 16 ottobre scorso. Invece di affrontare con coraggio le questioni dei diritti e della attribuita rilevanza penale a tale pratica, si è voluto inviare un messaggio, che non esitiamo a definire inquietante, rinunciando a comprendere le complessità e comunque a garantire e proteggere i diritti dei bambini nati con questa tecnica.



Ci è parso utile uno sguardo di insieme sulle "leggi degli altri" per meglio comprendere l'aria che tira per un fenomeno che più che di regolamentazione ha bisogno di

riconoscimento. Preziosa la scheda predisposta dall'avv. Maria Vittoria Ambrosone che consegna un quadro assolutamente disomogeneo. Legislazioni tortuose che

prevedono meccanismi, in genere di ispirazione etica, che privilegiano la relazione madre biologica-figlio. Diversi sono i Paesi dove la maternità surrogata è consentita, anche in forma di accordo commerciale, poche le situazioni nelle quali, ed in esse è compreso il nostro Paese, a prevalere è la criminalizzazione *tout court*.

Molte normative distinguono tra maternità surrogata altruistica e maternità surrogata commerciale. La prima si ha nelle situazioni nelle quali la donna che porta avanti la gravidanza non riceve alcun corrispettivo, la seconda quando vi è un accordo commerciale che prevede la corresponsione di un compenso; in molti Stati degli U.S.A., ad esempio, sono previste regole stringenti per la definizione della somma da corrispondere. In gran parte dei Paesi europei, dove la maternità surrogata non è consentita, per i bambini nati all'estero è possibile comunque la trascrizione del loro certificato di nascita, e così il loro riconoscimento. Ciò non avviene in Italia. Una ragione in più per affermare che la nostra legislazione non esprime un punto di equilibrio.

\*Avvocata penalista

## MATERNITÀ SURROGATA - UNO SGUARDO FUORI DAI CONFINI ITALIANI

\*A cura dell'Avv. Maria Vittoria Ambrosone

## PAESI IN CUI NON È CONSENTITA

## ITALIA

L'ordinamento italiano vieta e sanziona penalmente qualsiasi ricorso alla maternità surrogata (art. 12, 6° comma, legge n. 40/2004, recante norme sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita).

Il 16 ottobre 2024 il Senato della Repubblica ha approvato, in via definitiva, il DDL n. 824 avente ad oggetto "modifica 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". Il testo si compone di un unico articolo, ai sensi del quale al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 - rubricato "Divieti generali e sanzioni" - è aggiunto 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".

## SPAGNA

Ai sensi dell'art. 10, comma 1, della LTRHA, è nullo l'accordo in base al quale si convenga che una donna, a titolo oneroso o gratuito, avvii una gravidanza con l'impegno di rinunciare successivamente al suo status di madre a favore dell'altro contraente o di un terzo. La gestazione per altri è, dunque, *ex se* improduttiva di effetti civili, anche se non è di per sé sanzionata, né in via amministrativa né in via penale.

A fronte di fatti consumati, il riconoscimento della relazione materno-filiale della madre non biologica può avvenire solo mediante l'adozione. È quanto ha stabilito una sentenza della Corte Suprema spagnola, che ha duramente criticato la maternità surrogata, che implicherebbe "un danno all'interesse superiore del minore e uno sfruttamento della donna che sono inaccettabili".

## FRANCIA

L'ordinamento francese non ammette la maternità surrogata, né a titolo oneroso né a titolo gratuito: l'art. 16-7 del codice civile stabilisce che qualsiasi accordo finalizzato alla procreazione o alla gestazione per

conto di terzi è nullo. Ai sensi dell'art. 16-9 dello stesso codice, le suddette disposizioni sono disposizioni di ordine pubblico e la loro violazione è punita come reato (art. 227-12 del codice penale francese, che sanziona il delitto di intermediazione nell'accordo di procreazione e di gestazione per altri).

## GERMANIA

La maternità surrogata è vietata, o meglio impedita, mediante la comminazione di sanzioni penali per determinate attività preparatorie e pratiche ausiliarie. Ai sensi del § 1, 1° comma, n. 7, dell'*Embryonenschutzgesetz* (la legge sulla protezione degli embrioni) del 1990, è punibile con la reclusione fino a tre anni o con una sanzione pecuniaria chi agisce per praticare una fecondazione artificiale ad una donna disposta a cedere a terzi il figlio dopo la nascita o per impiantarle un embrione. Invece, la maternità surrogata in senso contrattuale, intesa come accordo tra la madre gestante e i genitori di intenzione, non è punita. Tuttavia, il § 1591 BGB stabilisce dal 1998 che la madre del bambino è la donna che lo ha partorito, ovvero non quella intenzionale.

La maternità surrogata è vietata, o meglio impedita, mediante la comminazione di sanzioni penali per determinate attività preparatorie e pratiche ausiliarie. Ai sensi del § 1, 1° comma, n. 7, dell'*Embryonenschutzgesetz* (la legge sulla protezione degli embrioni) del 1990, è punibile con la reclusione fino a tre anni o con una sanzione pecuniaria chi agisce per praticare una fecondazione artificiale ad una donna disposta a cedere a terzi il figlio dopo la nascita o per impiantarle un embrione. Invece, la maternità surrogata in senso contrattuale, intesa come accordo tra la madre gestante e i genitori di intenzione, non è punita. Tuttavia, il § 1591 BGB stabilisce dal 1998 che la madre del bambino è la donna che lo ha partorito, ovvero non quella intenzionale.

## SVIZZERA

L'art. 119, comma 2, d) della Costituzione, nell'ambito dei principi strumentali alla tutela della dignità umana, della personalità e della famiglia, stabilisce espressamente che la donazione di embrioni e ogni

altra forma di maternità surrogata sono inammissibili.

## AUSTRIA

Non vi è una norma che definisca o vieti esplicitamente la maternità surrogata. Nell'ambito dell'assistenza medica alla procreazione, la sua illiceità rappresenta una conseguenza implicita di una serie di divieti più

generali formulati all'interno del *Fortpflanzungsmedizingesetz* del 1992. Il complesso sanzionatorio applicato per le violazioni ha natura esclusivamente amministrativa.

## PAESI IN CUI È CONSENTITA

## CANADA

L'*Assisted Human Reproduction Act* (AHRA) del 2004 ha stabilito che la maternità surrogata è consentita, ma solo in forma altruistica. L'AHRA contempla tre fattispecie finalizzate a reprimere la commercializzazione della maternità surrogata commerciale.

La normativa non fa alcun riferimento allo status o all'orientamento sessuale dei beneficiari, per cui potrà trattarsi anche di un singolo o di una coppia *same-sex*.

## PAESI BASSI

La maternità surrogata attraverso procreazione medicalmente assistita, su base non commerciale, risulta consentita a certe condizioni, sebbene l'accordo tra le parti non sia suscettibile di esecuzione

giudiziale e non rilevi sul piano dell'attribuzione dello status genitoriale in capo al minore così concepito.

## PORTOGALLO

La legge n.90/2021 consente la maternità surrogata, rendendola dunque legale se praticata in forma altruistica. Tale previsione è sottoposta a una serie stringente di condizioni formali, procedurali e sostanziali.

## REGNO UNITO

In base al *Surrogacy Arrangement Act* del 1985, è permessa la maternità surrogata, ma mai a scopo di lucro e solo in caso di sussistenza di un legame genetico del minore con almeno uno dei committenti. La pratica,

dunque, è generalmente riconosciuta come legittima nella sua dimensione contrattuale tra le parti direttamente coinvolte. Gli unici reati previsti in materia di surrogazione di maternità sono quelli di intermediazione commerciale e di pubblicizzazione.

## RUSSIA

La Russia ha vietato la maternità surrogata per gli stranieri nel 2023, mentre è consentita per i russi, limitatamente alle coppie eterosessuali (anche non sposate) e alle donne single.

## STATI UNITI

Il sistema giuridico statunitense non ha disciplinato la surrogazione di maternità attraverso una legge federale, ma ciascuno Stato presenta la propria legislazione in materia. Fatta eccezione per Nebraska, Indiana e Arizona (ove è proibita, ma non punita) la maggior parte degli Stati ha consentito e disciplinato, o semplicemente non ha vietato, gli accordi di maternità surrogata, anche a titolo oneroso, spesso prevedendo dei limiti ragionevoli al compenso da corrispondere alla gestante.

## INDIA

Dal 2015, a causa di segnalazioni di abuso e sfruttamento, la disciplina in materia è mutata e una nuova legge ha stabilito che la gestazione per altri deve essere attuata in forma gratuita, con il solo rimborso delle spese mediche. È, inoltre, accessibile soltanto alle coppie cittadini indiani sposati da almeno cinque anni ed è previsto che la madre surrogata debba già avere un figlio ed essere sposata.

## UCRAINA, CIPRO, GEORGIA, ALBANIA, ARMENIA, THAILANDIA

In questi paesi la maternità surrogata è consentita, anche in forma commerciale.