



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

uup.uniurb.it





**INCONTRI
E PERCORSI**

N.04

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di

Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2

PDF ISBN 978-88-31205-52-8

EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:

<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

SAPERE DI SAPERE	11
Alessandro Bondi	

PARTE I: RELAZIONI

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI <i>COMMON LAW</i>	31
George P. Fletcher	

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE	37
Luís Greco	

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI	49
Sergio Moccia	

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI?	63
Tullio Padovani	

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA	73
Francesco Palazzo	

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA	83
Lorenzo Picotti	

PARTE II: INTERVENTI

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE	97
Antonio Cavaliere	

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA	119
Fabio Coppola	

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE	131
Stefano Fiore	

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE	137
Gabriele Fornasari	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE	151
Alessio Infantino	
TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA	183
Elena Mattevi	
L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI	193
Antonia Menghini	
TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA	205
Rosa Palavera	
PARTE III: CONTRIBUTI	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandrini	
IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE <i>CHANCES</i> DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI	265
Luciano Eusebi	
«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE	275
Adelmo Manna	
INUTILITER DATO	305
Vincenzo Bruno Muscatiello	
LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI	355
Beatrice Panattoni	
I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE	381
Filomena Pisconti	
IL CONCETTO <i>ONNIVORO</i> DI SICUREZZA	393
Gianluca Ruggiero	

INUTILITER DATO

Il si invalido e il no surrogato

Vincenzo Bruno Muscatiello

Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

1. LA MATERNITÀ SURROGATA

È in via di approvazione la legge chiamata a disciplinare in forme nuove il fenomeno della *maternità surrogata*.

Le proposte di legge si collocano in un quadro d'insieme che conviene rammentare per misurare la coerenza del *volutato* al *pensato*. Andiamo per gradi.

1.1 LA DIRETTIVA 2004/23/CE

Il primo atto normativo può farsi coincidere con la Direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31.03.2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

Provando a rileggerla, attraverso i “considerando” e alcuni fra gli articoli presenti ¹, sembra emergere una impostazione piuttosto chiara. In

1 (2) «La disponibilità di tessuti e cellule umani utilizzati a fini terapeutici dipende dai cittadini della Comunità che sono disposti a farne dono. Al fine di salvaguardare la salute pubblica e prevenire la trasmissione di malattie infettive per mezzo di tali tessuti e cellule, occorre adottare tutte le misure di sicurezza durante la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione degli stessi»;

(6) «I tessuti e le cellule destinati ad essere utilizzati per prodotti fabbricati a livello industriale, compresi i dispositivi medici, dovrebbero rientrare nella sfera d'applicazione della presente direttiva soltanto per quanto riguarda la donazione, l'approvvigionamento e il controllo quando la lavorazione, lo stoccaggio e la distribuzione sono disciplinati da altre normative comunitarie»;

(7) «La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai tessuti e alle cellule, tra cui le cellule staminali ematopoietiche del sangue periferico, del sangue del cordone ombelicale e del midollo osseo, alle cellule riproduttive (ovuli, sperma), ai tessuti e alle cellule fetali e alle cellule staminali adulte ed embrionali»;

(12) «La presente direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati membri relativamente all'uso o non uso di particolari tipi di cellule umane, comprese le cellule germinali e le cellule staminali dell'embrione. Se però uno Stato membro autorizza un uso particolare di tali cellule, la presente direttiva disporrà l'applicazione di tutte le disposizioni necessarie alla tutela della sanità pubblica, in considerazione dei rischi specifici di tali cellule in base alle conoscenze scientifiche e alla loro natura particolare, e garantirà il rispetto dei diritti fondamentali. Inoltre, la presente direttiva non dovrebbe interferire con le disposizioni degli Stati membri che definiscono il termine giuridico di "persona" o "individuo"»

(13) «La donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani destinati all'applicazione sull'uomo dovrebbero essere conformi a norme elevate di qualità e sicurezza, così da garantire un elevato livello di tutela della salute nella Comunità. La presente direttiva dovrebbe istituire norme per ciascuna delle fasi del processo di applicazione di tessuti e cellule umani»;

(15) «Occorre aumentare la fiducia fra gli Stati membri per quanto riguarda la qualità e sicurezza dei tessuti e delle cellule donati, la tutela della salute dei donatori viventi e il rispetto per i donatori deceduti, nonché la sicurezza del processo di applicazione»;

(16) «I tessuti e le cellule utilizzati a fini terapeutici allogenici possono essere prelevati da donatori viventi o deceduti. Al fine di assicurare che lo stato di salute di un donatore vivente non risulti compromesso dalla donazione dovrebbe essere richiesto un esame medico preventivo. Dovrebbe essere rispettata la dignità del donatore deceduto, in particolare mediante la ricomposizione della salma del medesimo, in modo che sia il più somigliante possibile all'originaria forma anatomica»;

(17) «L'uso di tessuti e cellule destinati ad essere applicati al corpo umano può causare malattie ed effetti indesiderati. La maggior parte di tali inconvenienti può essere evitata mediante un'attenta valutazione dei donatori ed il controllo di ciascuna donazione in conformità delle norme stabilite e aggiornate in conformità dei migliori pareri scientifici disponibili»;

(18) «In via di principio, i programmi di applicazione di tessuti e cellule dovrebbero basarsi sulla filosofia della donazione volontaria e gratuita, dell'anonimato del donatore e del ricevente, dell'altruismo del donatore e della solidarietà tra donatore e ricevente. Gli Stati membri sono invitati ad adottare misure per incoraggiare un forte contributo del settore pubblico e del settore non profit alla prestazione di servizi per l'applicazione di cellule e tessuti e al relativo impegno in termini di ricerca e sviluppo»;

(19) «Le donazioni volontarie e gratuite di tessuti e cellule rappresentano un elemento che può contribuire a standard elevati di sicurezza per tessuti e cellule e quindi alla tutela della salute umana»;

(23) «È necessario adottate tutte le misure necessarie a garantire ai possibili donatori di tessuti e cellule la riservatezza di qualunque informazione collegata con la loro salute che sia stata fornita al personale autorizzato, dei risultati dei controlli effettuati sulle loro donazioni e della futura rintracciabilità della loro donazione»;

(27) «Il personale che interviene direttamente nella donazione, nell'approvvigionamento, nel controllo, nella lavorazione, nella conservazione, nello stoccaggio e nella distribuzione di tessuti e cellule umani dovrebbe essere in possesso della necessaria qualificazione e ricevere una formazione opportuna e adeguata. Le disposizioni della presente direttiva riguardanti la formazione non dovrebbero influire sulla normativa comunitaria vigente sul riconoscimento delle qualifiche professionali»;

(28) «Occorrerebbe istituire un sistema adeguato per assicurare la rintracciabilità dei tessuti e delle cellule umani. Ciò consentirebbe inoltre di verificare il rispetto delle norme di sicurezza e qualità. La rintracciabilità dovrebbe essere ottenuta mediante accurate procedure di identificazione delle sostanze, dei donatori, dei riceventi, degli istituti dei tessuti e dei laboratori, nonché mediante la tenuta di registri e un appropriato sistema di etichettatura»;

(29) «In linea di principio l'identità del o dei riceventi non dovrebbe essere rivelata al donatore o alla sua famiglia e viceversa, fatta salva la legislazione in vigore negli Stati membri sulle condizioni di comunica-

estrema sintesi: la cessione è consentita purché si tratti di una donazione; la corresponsione di denaro è possibile entro i limiti di una indennità per le spese e gli inconvenienti; il rapporto è fra donatore e donatario, mediato da istituti e cioè «una banca dei tessuti o un'unità di un ospedale o un altro organismo in cui si effettuano attività di lavorazione, conservazione, stoccaggio o distribuzione di tessuti e cellule umani. L'istituto dei tessuti può inoltre essere incaricato dell'approvvigionamento o del controllo dei tessuti e delle cellule» (lett. o).

1.2 LA LEGGE N. 40/2004

La legge 19.02.2004 n. 40 (in Gazz. Uff., 24 febbraio, n. 45) – *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (PROCRAZIONE ASSISTITA)* – era chiamata a dare attuazione a questa direttiva.

Proseguendo il ragionamento per apici, i punti salienti di questa legge possono così sintetizzarsi: il ricorso alla procreazione assistita è possibile in casi di sterilità o infertilità²; possono accedervi coppie di sesso

zione dell'identità, che potrebbe autorizzare in casi eccezionali, in particolare nel caso della donazione di gameti, la revoca dell'anonimato del donatore»;

Art. 2. Ambito di applicazione: «1. La presente direttiva si applica alla donazione, all'approvvigionamento, al controllo, alla lavorazione, alla conservazione, allo stoccaggio e alla distribuzione di tessuti e cellule umani destinati ad applicazioni sull'uomo nonché a prodotti fabbricati derivati da tessuti e cellule umani destinati ad applicazioni sull'uomo. 2. Qualora tali prodotti fabbricati siano disciplinati da altre direttive, la presente direttiva si applica soltanto alla donazione, all'approvvigionamento e al controllo degli stessi»;

Art. 4. Attuazione: «1. Gli Stati membri designano l'autorità o le autorità competenti, che sono responsabili per l'attuazione dei requisiti stabiliti dalla presente direttiva. 2. La presente direttiva non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre misure di protezione più rigorose, purché siano conformi alle disposizioni del trattato. In particolare, uno Stato membro può prevedere che la donazione sia volontaria e gratuita e in particolare vietare o limitare le importazioni di tessuti e cellule umani, per garantire un livello elevato di tutela della sanità pubblica, purché siano rispettati i requisiti previsti dal trattato. 3. La presente direttiva non pregiudica le decisioni adottate dagli Stati membri per vietare la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio, la distribuzione o l'utilizzo di tipi specifici di tessuti e di cellule umani o di cellule aventi un'origine particolare, anche qualora tali decisioni riguardino l'importazione dei medesimi tipi di tessuti o cellule umani»;

Capo III Selezione e valutazione dei donatori. Articolo 12. Principi della donazione di tessuti e cellule: «1. Gli Stati membri si adoperano per garantire donazioni volontarie e gratuite di tessuti e cellule. I donatori possono ricevere un'indennità, strettamente limitata a far fronte alle spese e agli inconvenienti risultanti dalla donazione. In tal caso, gli Stati membri stabiliscono le condizioni alle quali viene concessa l'indennità».

2 Art. 1: «1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e

diverso³; è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo; laddove siano state praticate tecniche di questo tipo, la legge prevede forme di protezione del nascituro fra cui il «*divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre*» (art. 9); l'art. 12 disegna un apparato di divieti e sanzioni: tutte amministrative, fatta eccezione per i commi 6 e 7⁴; segue un severo articolo 13, relativo alla sperimentazione sugli embrioni umani.

Torneremo sul punto, quanto alla tessitura lessicale della previsione sanzionatoria: “realizza”, “organizza”, “pubblicizza” sono le tre condotte incluse nella previsione sanzionatoria⁵. La pena fin dalla sua prima scrittura si muove fra un *range* punitivo insolito, quasi esasperato: alla pena detentiva poco significativa, da 3 mesi a 2 anni, si aggiunge una pena pecuniaria sensibilmente elevata, da 600 mila a 1 milione, la medesima pena pecuniaria, parimenti significativa, che è prevista per la previsione successiva, tuttavia accompagnata – questa sì – dalla severità detentiva, espressa nella forbice da dieci a venti anni.

Resta, tuttavia, evidente – al di là della qualificazione penalistica – come l'idea di cui è portatrice la legge del 2004 sia che «*alle tecniche di PMA possano accedere solo coppie formate da persone “di sesso diverso” (art. 5) e prevedendo sanzioni amministrative a carico di chi le applica a coppie «composte da soggetti dello stesso sesso» (art. 12, comma 2), la legge n. 40 del 2004 nega in modo puntuale e inequivocabile alle coppie*

secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

3 Art. 5: «*Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi*».

4 Rispettivamente: «6. *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.*”. “7. *Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione*».

5 O meglio, ci affidiamo a V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli 2019, 350 e ss.; Id., *Il delitto di surrogazione di maternità come limite di ordine pubblico al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di status filiationis*, in «RIDPP» (2021), 1043 ss.; T. Trincherà, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in «RIDPP» (2017), 1395; A. Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli 2012, 142 ss.

omosessuali la fruizione delle tecniche considerate» (sono parole prese in prestito dalla sentenza costituzionale n. 221 del 2019).

1.3 CORTE COSTITUZIONALE N. 162/2014

La legge n. 40 del 2004 reca, dunque, norme in materia di procreazione medicalmente assistita (cd. PMA) e permette *«Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»*, il ricorso alla PMA, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla stessa (art. 1).

Dubitando della coerenza costituzionale dell'art. 4, comma 3 (*«È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»*) in ipotetico contrasto con l'art. 3 Cost., quanto al diverso trattamento delle coppie affette da sterilità o da infertilità, *«nonostante esse versino in situazioni sostanzialmente omologhe e, quindi, debbano avere l'eguale possibilità di ricorrere alla tecnica più utile di PMA, al fine di porre rimedio alla patologia dalla quale sono affette»*, e nella derivata incongruenza di non consentire l'accesso alla pratica di fecondazione per quelle coppie in cui uno dei componenti della coppia sia stato colpito da patologie produttive della sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, abilitate dunque ad avvalersi della sola pratica eterologa, la Corte, a quasi dieci anni di distanza dalla approvazione della legge, ha modo di correggere la tessitura della norma e precisare che la procreazione medicalmente assistita *«coinvolge «plurime esigenze costituzionali»* (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, *la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango»*; tali molteplici interessi *«nel loro complesso, richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa ad ognuno»* (sentenza n. 45 del 2005); *«la stessa «tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione»* (sentenza n. 151 del 2009); *«l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore»* (sentenza n. 347 del 1998), *ma «resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano»*; il divieto, offerto allo scrutinio costituzionale, non riflette un vincolo internazionale, non è dunque una scelta imposta ed obbligata. Fatte queste precisazioni la

Corte conclude ritenendo che detto divieto *«impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale»*.

La decisione costituzionale completa e corregge la previsione della norma, ma contiene al contempo affermazioni complesse e di più ampio respiro: la scelta della coppia (il sintagma è piuttosto stringente: *«di tale coppia»*) di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli *«costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi»*, e, di conseguenza, *«le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»* (sentenza n. 332 del 2000); infine *«(l) a determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo»; «la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990)»* e ciò risulta evidente anche in ragione della regolamentazione dell'istituto dell'adozione, volto a *«prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981)»* al di là della provenienza genetica, la quale non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa; infine, ed è affermazione questa di straordinaria importanza, *«(l) a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale»*.

La coppia – non vi è dubbio che il ragionamento sia condotto pensando alla coppia in senso tradizionale (a cioè *«le “coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, en-*

trambi viventi”»)⁶ – ha diritto a conquistare una sfera di benessere psichico (nel che si colloca l’idea di salute in senso ampio), che però non coincide con il mero desiderio di autocompiacimento dei componenti, piegato a fini consumistici, ma certamente apprende una idea di benessere psichico, sempreché non in contrasto con interessi di pari rango costituzionale.

La maternità surrogata è – nel pensiero della Consulta – tutt’altra cosa: se ne intravede il diverso approccio sul finire del punto 9: la tecnica discussa in sentenza «*va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrogazione di maternità», espressamente vietata dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia».*

1.4 CORTE COSTITUZIONALE N. 96/2015

Alla sentenza del 2014, segue, ad appena un anno di distanza, la pronuncia n.96. Aperta la breccia dello scrutinio costituzionale, la Corte era chiamata a decidere se gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 40 del 2004, fossero costituzionalmente coerenti con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, nonché l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (CEDU), nella parte in cui non consentono che anche le coppie fertili, portatrici di patologie geneticamente trasmissibili, possano fare ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (cd. PMA).

La Corte riconosce il *vulnus* effettivamente arrecato, dalla normativa denunciata, agli artt. 3 e 32 Cost.: permane, nel parere della Corte, un insuperabile aspetto di irragionevolezza dell’indiscriminato divieto, di poter ricorrere alla PMA per le coppie affette da patologie, la cui presenza comporta il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (se non la morte precoce) del nascituro, e affida al legislatore il compito di «*introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche pe-*

⁶ Come, del resto, nello spirito della legge 40/2004, come sottolineato da B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il “principio del nome della madre” nella gravidanza per altri*, in S. Nicolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene 2017, 101.

riodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (anche agli effetti della preliminare sottoposizione alla diagnosi preimpianto) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle (anche valorizzando, eventualmente, le discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa)»⁷.

1.5 CORTE COSTITUZIONALE N. 221/2019

Le due pronunce costituzionali allargano le strettoie soggettive della legge del 2004: la prima, la sentenza n. 162 del 2014, ammette *«alla riproduzione artificiale le coppie alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili»*, dichiarando illegittimo, limitatamente a tale ipotesi, il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo stabilito dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004. In tal modo, si è posto rimedio all'«*evidente elemento di irrazionalità» insito nel fatto che, dopo aver assegnato alla PMA lo scopo «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità*

⁷ La sentenza n. 96 reca al seguito la consequenziale pronuncia n. 229 quanto alla illegittimità dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui contemplava come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa fosse esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 e accertata da apposite strutture pubbliche. Avendo, infatti, già dichiarato l'illegittimità costituzionale dei precedenti artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della stessa legge n. 40 del 2004, «*nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...], accertate da apposite strutture pubbliche»*, essendo dunque divenuta lecita la condotta de qua, la Corte afferma la derivata incostituzionalità dell'art. 13, commi 3, lettera b), e 4, della legge n. 40 del 2004, «*nella parte, appunto, in cui vieta, sanzionandola penalmente, la condotta selettiva del sanitario volta esclusivamente ad evitare il trasferimento nell'utero della donna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, siano risultati affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche»*. Quanto invece alla seconda connessa questione – di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 1 e 6, della legge n. 40 del 2004 – ne viene riconosciuta la infondatezza quanto alla scelta del legislatore del 2004 di vietare e sanzionare penalmente la condotta di «*soppressione di embrioni»*, ove pur riferita – ciò che propriamente il rimettente denuncia – agli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risultino affetti da grave malattia genetica.

o dalla infertilità umana», il legislatore aveva negato in assoluto – con il censurato divieto di fecondazione eterologa – la possibilità di realizzare il desiderio della genitorialità proprio alle «coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis». Circostanza, questa, che rivelava come il bilanciamento di interessi operato fosse irragionevole, posto che, sull'altro versante, le esigenze di tutela del nuovo nato apparivano adeguatamente soddisfatte dalla disciplina vigente, in rapporto tanto al «rischio psicologico» correlato al difetto di legame biologico con i genitori (conseguente alla fecondazione eterologa), quanto alla possibile «violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica» (le parole in corsivo, queste e le successive, riprendono la ricostruzione dei due precedenti operata dalla medesima Corte nella sentenza 221 del 2019). La seconda, e successiva sentenza, la n. 96 del 2015, estende ulteriormente la componente soggettiva, consentendo «l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro ("accertate da apposite strutture pubbliche"). Si è eliminata, con ciò, l'altra "palese antinomia" già censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza 28 agosto 2012, Costa e Pavan contro Italia. La legge n. 40 del 2004 vietava, infatti, alle coppie dianzi indicate di ricorrere alla PMA, con diagnosi preimpianto, quando invece "il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali [...] consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)»».

Queste due importanti decisioni pongono le basi per un ulteriore quesito costituzionale del quale si occupa la pronuncia del 2019: investita della questione legata alla richiesta di una PMA a favore di una coppia omosessuale, due donne conviventi *more uxorio* dal 2012, con unione civile dal 2017; e desiderose di una genitorialità dopo quella già intrapresa in Spagna, senza tuttavia doversi, questa seconda volta, recare all'estero, il quesito, offerto alla decisione costituzionale, si interroga se analogo diritto non fosse ormai riconosciuto anche alle coppie omosessuali, così facultizzate ad accedere alle tecniche di PMA anche in Italia.

Il *thema decidendum* appare, in realtà, più ristretto: se sia, cioè, la pratica della fecondazione eterologa estensibile anche all'"infertilità sociale", o "relazionale", fisiologicamente propria della coppia omosessua-

le femminile, conseguente alla non complementarità biologica delle loro componenti, e *semplicemente* mediante fecondazione eterologa, *in vivo* o *in vitro*, con gameti maschili di un donatore.

La sentenza, e prima ancora le ordinanze di remissione della questione, non concernono, dunque, le coppie omosessuali maschili, la cui genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso una pratica distinta, vale a dire la maternità surrogata (o gestazione per altri): *«Il sintagma – afferma la Consulta – designa, come è noto, 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. Tale pratica è vietata in assoluto, sotto minaccia di sanzione penale, dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, anche nei confronti delle coppie eterosessuali. La disposizione ora citata – considerata dalla giurisprudenza espressiva di un principio di ordine pubblico (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193) – non è inclusa tra quelle sottoposte a scrutinio dal Tribunale di Pordenone, né è presa affatto in considerazione dal giudice a quo nello svolgimento delle proprie censure».*

L'occasione consente di ritornare sulla filosofia della legge del 2004, due, in verità, nella lettura costituzionale: le tecniche considerate dalla legge mirano a porre *«rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del “desiderio di genitorialità” alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati»*; nondimeno, la seconda direttrice la quale *«attiene alla struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione. La legge prevede, infatti, una serie di limitazioni di ordine soggettivo all'accesso alla PMA, alla cui radice si colloca il trasparente intento di garantire che il suddetto nucleo riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre: limitazioni che vanno a sommarsi a quella, di ordine oggettivo, insita nel disposto dell'art. 4, comma 3, che – nell'ottica di assicurare il mantenimento di un legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori – pone il divieto (in origine, assoluto) di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo (ossia con impiego di almeno un gamete di un donatore “esterno”)».*

La disposizione di cui all'art. 5 e, sul versante sanzionatorio, quella di cui all'art. 12 non lasciano spazio a dubbi di sorta: possono accedere alla PMA esclusivamente le *«coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»*, con

esclusione dunque delle «*coppie composte da soggetti dello stesso sesso*», oltre che da soggetti non entrambi viventi, o in età minore, o non coniugati o non conviventi.

La trama normativa dei soggetti abilitati a tali metodiche, pur allargata grazie alle sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015, non consente – a parere della Consulta – di addivenire ad un ulteriore ampliamento: restano, pertanto, escluse le coppie omosessuali, il cui accoglimento (con peraltro consequenziali interrogativi quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, come già accennato, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata) esigerebbe, al contrario di quanto le censure sembravano sospettare, «*la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive*». Ciò non inficia – prosegue il ragionamento della Corte – i «*più recenti orientamenti della giurisprudenza comune sui temi dell'adozione di minori da parte di coppie omosessuali*» né il «*ricoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione in confronto a genitori dello stesso sesso*», ma vale ad escludere la applicabilità delle tecniche di PMA oltre i confini delineati dalla norma ed espressivi di una sensibilità sociale non (ancora) mutata.

Adozione e PMA si muovono su binari diversi in ragione di un dato storico che muta la prospettiva costituzionale: *già-nato* e *non-ancora-nato* portano a conseguenze differenti, ben oltre il fatto che il *già-nato* lo sia all'estero e il *non-ancora-nato* possa parimenti essere venuto ad esistenza all'estero, in un *altrove* che sembra essere la chiave di volta di una architettura normativa altrimenti non del tutto coerente: «*il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione*», questa è la conclusione dell'*altrove* e dell'*altrimenti* in chiave precipuamente domestica e indifferenti alle “molteplici normative mondiali”.

1.6 UN PASSO INDIETRO: CORTE COSTITUZIONALE N. 272/2017

La Sentenza del 2019 è in realtà preceduta da un'altra sentenza, di due anni prima, e più immediatamente successiva alle due pronunce del 2014 e del 2015.

La sentenza – di poco successiva alla Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea nel 2015 (2016/2009-INI): Il Parlamento europeo al paragrafo 82 «*condanna qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali*» – ha ad oggetto un procedimento di impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità, e trae origine dalla trascrizione del certificato di nascita formato all’estero, relativo alla nascita di un bambino, riconosciuto come figlio naturale di una coppia di cittadini italiani, i quali – nell’ambito delle indagini avviate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni – avrebbero ammesso il ricorso alla surrogazione di maternità, realizzata attraverso ovodonazione.

La decisione ha per oggetto l’accertamento dell’inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato attraverso il ricorso alla surrogazione di maternità realizzata all’estero, non dunque «*la legittimità del divieto di tale pratica, previsto dall’art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e nemmeno la sua absolutezza*», tuttavia ha modo di confermare che «*la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all’istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest’ultimo*» (sentenza n. 162 del 2014) e «*in un’ipotesi di divergenza tra genitorialità genetica e genitorialità biologica, il bilanciamento è stato effettuato dal legislatore attribuendo la prevalenza al principio di conservazione dello status filiationis*».

«*Nell’evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia*» – prosegue la Corte – «*a conferma del rilievo giuridico della genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica, vi è anche l’espresso riconoscimento, da parte di questa Corte, che “il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa (sentenza n. 162 del 2014)”*», il che pone la soluzione nel recinto della comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti e, in particolare, del minore, al cui interesse la giurisprudenza nazionale e comunitaria pone indubbio privilegio, «*fortemente radicata nell’ordinamento sia interno, sia internazionale e questa Corte, sin da epoca risalente, ha contribuito a tale radicamento (ex plurimis, sentenze n. 7 del 2013, n. 31 del 2012, n. 283 del 1999, n. 303 del 1996, n. 148 del 1992 e n. 11 del 1981)*».

Resta il fatto – e la Consulta si premura di ricordarlo, mettendo fra parentesi un passaggio non strettamente legato al *thema decidendum* – che

la pratica della maternità surrogata, vietata dalla legge, *«offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»* e, pur senza cancellarlo, senza cioè ritenerne la prevalenza o soccombenza alla identificazione dello status, l'interesse del minore deve sapersi confrontare e misurare anche con *«l'imprescindibile presa d'atto della verità con divieti come quello della maternità surrogata»*.

La Corte non ne fa mistero e lo ripete ogni volta che ne ha occasione, anche quando non appare propriamente indispensabile alla propria decisione: la maternità surrogata non è una pratica consentita né, forse, assentibile.

1.7 CORTE COSTITUZIONALE N. 33 /2021

La trama delle pronunce costituzionali – in una disciplina così gravida di implicazioni etiche e sociali - prosegue con la sentenza del 2021.

La sollecitazione proviene dalla sezione prima civile della Casazione con riguardo all'art. 12, comma 6, della legge 19.02.2004, n. 40, dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31.05.1995, n. 218 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*) e dell'art. 18 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*), *«nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico»: «In sostanza, le questioni di legittimità (...) riguardano lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004»*.

Sfiorato dalle precedenti pronunce, la sentenza n. 33 si sofferma, dunque, sul tema della maternità surrogata, non solo negli aspetti della genitorialità cosiddetta "biologica", ma anche con riguardo a *«la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale pur senza fornire il proprio apporto genetico, e dunque il cosiddetto genitore "d'intenzione"»*.

Pur restando sul *thema* connesso agli *«interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale, come nel caso che ha dato origine al giudizio a quo, ovvero etero-*

sessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge; e che ha quindi portato in Italia il bambino, per poi qui prendersene quotidianamente cura», la Consulta ha così l'occasione di riprendere il precedente del 2017 (sentenza n. 272) nel quale aveva osservato che «*la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»* (sentenza n. 272 del 2017) e di aggiungervi l'ulteriore considerazione quanto al fatto «*che gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita»*.

Non vi sono dubbi né incertezze: la maternità surrogata, «*qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali*» non può essere tollerata, come peraltro riconosciuto dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009-INI) (paragrafo 82). Altra cosa per il minore, nato da una pratica non consentita, eppure meritevole – anche per costante e consolidata giurisprudenza della Corte EDU al metro dell'art. 8 CEDU – di ottenere, ed anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, «*un riconoscimento giuridico del “legame di filiazione” (lien de filiation) con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura (sentenza Menneson contro Francia, paragrafo 100; sentenza D. contro Francia, paragrafo 64)»* (sono parole della Consulta, nella sentenza n. 33).

Il bilanciamento di tale interesse – certamente non assiomaticamente e automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco – pur nella ostilità ordinamentale avverso il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore e sotteso all'orientamento delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, «*allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti*», viene assicurato attraverso un punto di equilibrio, raggiunto dalla Corte EDU e condiviso dalla Corte quanto all'insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana, parimenti invocati dal giudice a

quo: «(e)ssi per un verso non ostano alla soluzione, cui le sezioni unite civili della Cassazione sono pervenute, della non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il "padre d'intenzione"; ma per altro verso impongono che, in tal caso, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia che non solo ne abbiano voluto la nascita in un Paese estero in conformità alla lex loci, ma che lo abbiano poi accudito esercitando di fatto la responsabilità genitoriale. Una tale tutela dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino. 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».

Breve, se possibile: il minore va tutelato, ma la maternità surrogata va disincentivata. E «(i)l compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

1.8 CORTE COSTITUZIONALE N. 79/2022

Maternità, filiazione, parentela: ogni aspetto finisce nella lente della Consulta e così non poteva sfuggire il particolare tema della *parentela este-*

sa (dei parenti oltre che del coniuge dello stesso sesso, adottante)⁸, giunto alla attenzione della Corte Costituzionale, con sentenza del 28/03/2022, (ud. 23/02/2022, dep. 28/03/2022), n.79.

Anche qui, esaminando il particolare aspetto dei «*minori che hanno una relazione affettiva con il partner del genitore biologico, quando il primo è giuridicamente impossibilitato ad adottare il minore*» – fra cui il caso de «*il partner in un’unione civile o il convivente dello stesso sesso del genitore biologico, che hanno spesso condiviso con quest’ultimo un percorso di procreazione medicalmente assistita (PMA) effettuata all’estero, posto che la legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) consente l’accesso alla PMA alle sole coppie di diverso sesso*» – la Consulta ritorna sulle «*questioni legate alla procreazione medicalmente assistita e al ricorso all’estero alla PMA e talora alla surrogazione di maternità*» sulle quali, come si premura di ricordare, la Corte aveva già in passato evidenziato diverse sfaccettature del fenomeno tra di loro interconnesse. La più recente sentenza ha così modo, ancora una volta, di ripetere ed escludere «*che il desiderio di genitorialità, attraverso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita «lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati», possa legittimare un presunto «diritto alla genitorialità comprensivo non solo dell’an e del quando, ma anche del quomodo*» (sentenza n. 221 del 2019); nondimeno di ribadire «*le ragioni del divieto di surrogazione di maternità, che “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenza n. 33 del 2021), assecondando un’inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale (in senso analogo, ancora, sentenza n. 33 del 2021)*»; infine – per restare al tema derivato, legato alla sorte e l’interesse dei minori – la loro tutela non consente di ignorare la realtà di minori che vivono di fatto in una relazione affettiva con il partner del genitore biologico, il che impone di estendere il particolare rapporto di parentela anche alla famiglia dell’adottante.

Non senza recuperare il punto di vista della Corte EDU – che con specifico riferimento alla posizione dei minori nati a seguito del ricorso

⁸ La vicenda si lega alla richiesta di poter adottare una minore, che è figlia biologica del partner a cui il richiedente è legato con un’unione civile e con il quale ha condiviso un percorso di fecondazione assistita, effettuato all’estero, che ha consentito la nascita della bambina. Il giudice a quo pur affermando di poter accogliere la domanda di adozione, non altrettanto per la richiesta di riconoscimento dei rapporti civili della minore con i parenti del ricorrente.

alla tecnica della surrogazione di maternità, aveva già fornito, a riguardo, una duplice indicazione ermeneutica: e cioè da un lato «*ha escluso che dall'art. 8 CEDU si possa inferire un diritto al riconoscimento dei rapporti di filiazione conseguiti all'estero, facendo ricorso alla surrogazione di maternità, e ha dato atto di un ampio margine di apprezzamento spettante agli Stati membri in merito alla possibilità di riconoscere tali rapporti di filiazione (Corte EDU, sentenza 18 agosto 2021, Valdis Fjölfnisdóttir e altri contro Islanda, paragrafi 66-70 e 75; sentenza 24 gennaio 2017, Paradiso e Campanelli contro Italia, paragrafi 197-199; sentenza Mennesson, paragrafo 74; sentenza Labassee, paragrafo 58)*»; dall'altro, «*ove emerga l'esigenza di tutelare l'interesse del minore a preservare un legame che de facto si sia venuto a consolidare con il genitore d'intenzione, la Corte EDU ha sottolineato che, in tal caso, debba essere riconosciuto un rapporto di filiazione anche a tutela della stessa identità del minore (Corte EDU, sentenza Mennesson, paragrafi 80, 87 e seguenti; sentenza Labassee, paragrafi 75-80; nonché, sulle circostanze che fanno emergere l'interesse del minore da preservare, si veda anche sentenza Paradiso e Campanelli, paragrafo 148)*» – la Consulta conclude per la violazione dell'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui esclude, attraverso il rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., l'instaurarsi di rapporti civili tra il minore adottato in casi particolari e i parenti dell'adottante in relazione agli artt. 3,31, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU.

Ancora una volta, emerge la cura verso l'interesse del minore, a prescindere dal contesto, che resta, ancora nel 2022, certamente e decisamente illecito. Non vi sono dubbi nelle parole della Corte: la surrogazione di maternità «*“offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenza n. 33 del 2021), assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale (in senso analogo, ancora, sentenza n. 33 del 2021)*».

1.9 LE SEZIONI UNITE CIVILI: CASSAZIONE CIVILE SEZ. UN., 30.12.2022, N. 38162

La complessità del tema offerto alle decisioni costituzionali trae origine, naturalmente, da un intenso dibattito di cui sono testimoni le numerose decisioni della Cassazione, sia civile che penale.

Fermo l'indubbia rilevanza illecita della condotta di maternità surrogata, le decisioni di legittimità si interrogano sul recinto dell'area penalmente rilevante e sulle conseguenze di un reato nel caso in cui esso sia commesso non nel territorio nazionale⁹.

Le decisioni sono numerose e, come detto, complesse. Saltandone – per il momento – la puntuale citazione, conviene sostare sulla più recente decisione a Sezioni unite, di appena due anni fa, la quale si colloca in più immediata successione rispetto al precedente del 2019, nel quale, sempre le Sezioni Unite civili con sentenza del 8 maggio 2019, n. 12193, avevano affermato il principio secondo cui *«non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore d'intenzione. Secondo le Sezioni Unite, tale riconoscimento trova infatti*

9 Cassazione pen. sez. III, 28.10.2020, n. 5198: *«Il divieto di realizzare, in qualsiasi forma, la surrogazione di maternità, previsto dall'art.12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n.40, comprende le condotte antecedenti ed eziologicamente collegate e funzionali alla maternità surrogata, che si perfeziona con la nascita a gestazione terminata. (Fattispecie in cui la Corte ha confermato la decisione di improcedibilità emessa dal giudice di merito in assenza di richiesta del Ministro della Giustizia, trattandosi di condotta integralmente realizzata da cittadini italiani in Ucraina – Paese che ammette la maternità surrogata eterologa – e non essendo avvenuta in Italia anche solo una parte dell'azione significativa ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p., non rilevando i contatti prodromici intrattenuti via “e-mail” al fine di valutare le possibili soluzioni, in quanto non ancora dimostrativi della decisione di ricorrere alla pratica vietata)»*. Ancora la medesima sentenza: *“Secondo l'art. 6 c.p., affinché sia applicabile la legge italiana, occorre che l'azione o l'omissione si sia realizzata, in tutto o in parte, in territorio italiano. È necessario che la parte di condotta commessa in Italia sia comunque riconducibile in modo chiaro e univoco alla parte restante realizzata in territorio estero (nella specie, relativa al ricorso alla maternità surrogata in un Paese in cui è ammessa, la Corte ha ritenuto che il Tribunale avesse interpretato la norma incriminatrice dell'art. 12, comma 6, l. 40/2004, non violando il principio di tassatività e legalità, essendo corretta l'affermazione secondo cui poiché la condotta si era integralmente consumata in territorio straniero, in assenza di richiesta del Ministero della Giustizia, il reato commesso dai cittadini italiani all'estero non era procedibile ai sensi dell'art. 9 c.p., comma 2, non essendo avvenuta in Italia anche solo una parte dell'azione ai sensi dell'art. 6 c.p., comma 2)»*.

Anche nelle decisioni della Cassazione civile emerge la consapevolezza che la maternità surrogata non è pratica protetta e garantita dalla legge del 2004. Il che pone, alle attenzioni delle Corti, il serio problema della sorte del nascituro, una volta che la coppia abbia attuata tale pratica all'estero, nei Paesi dove essa sia consentita. Se cioè *«In materia di stato civile, è legittimamente trascritto in Italia l'atto di nascita formato all'estero, relativo a un minore, figlio di madre intenzionale italiana e di madre biologica straniera, non essendo contrario all'ordine pubblico internazionale il riconoscimento di un rapporto di filiazione in assenza di un legame biologico, quando la madre intenzionale abbia comunque prestato il consenso all'impiego da parte della “partner” di tecniche di procreazione medicalmente assistita, anche se tali tecniche non sono consentite nel nostro ordinamento»* (così Cassazione civ. sez. I, 23.08.2021, n. 23319).

ostacolo insuperabile nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione», cui, peraltro, avevano fatto seguito i dubbi, della prima Sezione, quanto alla compatibilità di tale principio di diritto, costituente diritto vivente, con una pluralità di parametri costituzionali.

Resa inattuabile la via costituzionale, la sollecitazione perviene alle Sezioni Unite¹⁰ e la sentenza chiamata a dirimere questo (nuovo) contrasto interpretativo è la sentenza del 30/12/2022, n. 38162 avente ad oggetto il caso di un bambino nato all'estero da maternità surrogata, e precisamente il caso di un progetto procreativo condiviso dalla coppia omoaffettiva, in cui uno dei due uomini aveva fornito i propri gameti, uniti nella fecondazione in vitro con l'ovocita di una donatrice. L'embrione era stato poi trasferito nell'utero di una diversa donna, non anonima, che aveva portato a termine la gravidanza e partorito il bambino. I due uomini, entrambi di cittadinanza italiana, si erano uniti in matrimonio in Canada e l'atto era stato trascritto in Italia nel registro delle unioni civili. In sostanza si trattava *«di stabilire se il divieto di ricorrere alla gestazione per altri, previsto dalla legislazione italiana in materia di procreazione medicalmente assistita, precluda o meno la possibilità di estendere il riconoscimento della genitorialità anche al partner che, pur privo di un legame genetico con il minore, ha condiviso il percorso che ha condotto al concepimento e alla nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge, e che ha quindi portato il bambino in Italia, per poi qui prendersene quotidianamente cura»*. La questione affidata alle Sezioni Unite *«consiste nel precisare se sia o meno contrario all'ordine pubblico internazionale il provvedimento giurisdizionale straniero; se sia trasferibile nell'ordinamento interno la formalizzazione del legame con il genitore intenzionale sancita nel provvedimento straniero; ancora, se l'adozione in casi particolari costituisca o meno l'unico strumento compatibile con l'ordine pubblico e idoneo ad instaurare un legame giuridico tra il nato all'estero da gestazione per altri e il genitore intenzionale»*.

10 La Prima Sezione aveva riscontrato un deficit di tutela a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 33 del 2021, che, avendo rilevato l'inadeguatezza dello strumento dell'adozione in casi particolari, ha sollecitato il legislatore ad intervenire. In mancanza di un intervento del Parlamento, il Collegio rimettente si è rivolto a questa composizione allargata della Corte di cassazione per sollecitare una rimediazione della soluzione elaborata dalle Sezioni Unite con la sentenza del 2019.

Tralasciando i dettagli del caso, mette conto evidenziare alcuni passaggi presenti nella gestione della vicenda.

Il primo, o meglio i primi, della Corte di appello di Venezia, chiamata a dare riconoscimento, a norma della L. n. 218 del 1995, art. 67, al provvedimento canadese in Italia: secondo la Corte territoriale veneziana, la circostanza che nel sistema delle fonti interne non sia previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso, e quindi che non sia concesso di attribuire automaticamente ad entrambi la responsabilità genitoriale del minore nato dalla procreazione medicalmente assistita, si risolve nell'evidenza di una diversità di discipline sostanziali, ma non è di per sé indice dell'esistenza di un principio superiore, fondante e irrinunciabile, dell'assetto costituzionale italiano o dell'ordinamento dell'Unione Europea; l'ordine pubblico internazionale impone di assicurare al minore la conservazione dello status e dei mezzi di tutela di cui egli possa validamente giovare in base alla legislazione nazionale applicabile, in particolare del diritto al riconoscimento dei legami familiari ed al mantenimento dei rapporti con chi ha legalmente assunto il riferimento della responsabilità genitoriale; non può ricondursi all'ordine pubblico la previsione che il minore debba avere genitori di sesso diverso, posto che nel nostro ordinamento è contemplata la possibilità che il minore abbia due figure genitoriali dello stesso sesso nel caso in cui uno dei genitori abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione del sesso; infine, quanto al divieto di ricorrere alla pratica della surrogazione di maternità, di cui alla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, – ed è questa la parte che più preme evidenziare – *«le scelte del legislatore italiano sono frutto di discrezionalità e non esprimono principi fondanti a livello costituzionale che impegnino l'ordine pubblico. Non potrebbe ritenersi rilevante la sanzione penale comminata dal citato art. 12, comma 6, che punisce chiunque, in qualsiasi forma, realizzi, organizzi o pubblicizzi la maternità surrogata, dato che il divieto e la sanzione penale non si sovrappongono alla valutazione del miglior interesse del minore concepito all'estero con tali tecniche, il quale non potrebbe essere privato dello status legittimamente acquisito nel Paese in cui è nato».*

I secondi, riconducibili direttamente al supremo consenso. I motivi della decisione si aprono con una affermazione apodittica, *tranchant*: *«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, dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6. Il divieto è presidiato dalla reclusione e dalla multa per “chiunque, in qualsiasi forma”, la “realizza, organizza o pubblicizza”». L’incipit non lascia adito a dubbi, vi si ribadisce con forza il divieto di maternità surrogata. Altra cosa – e la Corte era chiamata a dirimere proprio questo aspetto – la questione dello status della neonata o del neonato: «Le istanze di genitorialità – prosegue la Corte – nondimeno, si rivelano difficilmente comprimibili. Il divieto di gestazione per altri non argina il progetto di diventare genitori. L’esistenza del divieto in Italia induce molti cittadini, quando supportati da una adeguata disponibilità economica, a ricorrere alla surrogazione di maternità all’estero, nei Paesi che hanno regolamentato e consentito questa tecnica di procreazione. Il contesto internazionale è alquanto frastragliato sulla legittimità del ricorso alla gestazione per altri. Il panorama comparato offre indicazioni non omogenee sia sui limiti di liceità di questa pratica sia, dove essa è vietata, sulle scelte sanzionatorie, che possono andare dall’ampia criminalizzazione, alla limitazione della rilevanza penale alle forme di surrogazione di tipo commerciale, alla previsione di sole sanzioni amministrative. La regolamentazione permissiva presente in alcuni Paesi stranieri favorisce, appunto, il turismo procreativo di cittadini italiani che si recano all’estero al fine di ottenere, nel rispetto della lex loci, ciò che in Italia è vietato. Coppie con problemi di sterilità femminile o coppie omosessuali che intendono accedere alla filiazione vanno all’estero per realizzare là dove è consentito il progetto procreativo proibito nel nostro Paese. Ogni qualvolta la surrogazione di maternità è praticata all’estero, la questione dello status del nato da maternità surrogata fuoriesce dal perimetro dell’ordinamento interno e si traduce nel problema del riconoscimento in Italia della genitorialità acquisita al di fuori dei confini nazionali. Si pone il problema del riconoscimento dello status genitoriale ottenuto all’estero in virtù di norme più liberali di quelle italiane in materia di procreazione medicalmente assistita. Entra in campo il limite dell’ordine pubblico internazionale».

Ancora più avanti (nei soli passaggi più direttamente connessi al tema della maternità surrogata): «La Corte costituzionale (..) ha ribadito che la maternità surrogata è lesiva della dignità della donna»; «la mera diversità delle soluzioni legislative nazionali in merito ad una determinata questione non può di per sé considerarsi dar luogo ad un problema di compatibilità con l’ordine pubblico, giacché, ove si accogliesse una simile

lettura estensiva del limite in questione, le regole di diritto internazionale privato verrebbero private della loro ragione d'essere, insita nella diversità degli ordinamenti giuridici nazionali e nell'opportunità di realizzare tra di loro un profilo di coordinamento, funzionale ad agevolare la vita internazionale delle persone»; «nemmeno può presumersi, all'inverso, una apertura del tutto incondizionata degli ordinamenti giuridici statali al coordinamento con gli altri ordinamenti, tale da permettere senza limiti l'attribuzione di effetti a provvedimenti giurisdizionali stranieri, rinunciando ad un qualsiasi controllo in ordine alla loro compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico del foro»; «(a)d avviso di questo Collegio, la L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, che considera fattispecie di reato ogni forma di maternità surrogata, con sanzione rivolta a tutti i soggetti coinvolti, compresi i genitori intenzionali, è norma di ordine pubblico internazionale»; «(l)a sanzione penale di cui alla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, esprime l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento attribuisce alla surrogazione di maternità»; «(l)'operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna»; «(l)a gestazione per altri lede la dignità della donna e la sua libertà anche perché durante la gravidanza essa è sottoposta ad una serie di limiti e di controlli sulla sua alimentazione, sul suo stile di vita, sulla sua astensione dal fumo e dall'alcol e subito dopo il parto è oggetto di limitazioni altrettanto pesanti causate dalla privazione dell'allattamento e dalla rescissione immediata di ogni rapporto con il bambino»; «(l)a L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, esprime l'esigenza di porre un confine al desiderio di genitorialità ad ogni costo, che pretende di essere soddisfatto attraverso il corpo di un'altra persona utilizzato come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile»; la condanna della maternità surrogata è espressa dalla Corte costituzionale, la quale ha sottolineato che la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» (sentenza n. 272 del 2017 e, da ultimo, sentenze n. 33 del 2021 e n. 79 del 2022) ed ha inoltre rilevato che «gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente

la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse di terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita" (sentenza n. 33 del 2021)»; nondimeno la condanna di «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali" è stata espressa anche dal Parlamento Europeo nella propria risoluzione del 13.12.2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea nel 2015; a dispetto delle obiezioni sollevate dal Collegio remittente, «(i)l legislatore italiano, infatti, nel disapprovare ogni forma di maternità surrogata, ha inteso tutelare la dignità della persona umana nella sua dimensione oggettiva, nella considerazione che nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. Indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante (eventuale stato di bisogno), la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»; se dunque «(n)el nostro sistema costituzionale la dignità ha una dimensione non solo soggettiva, ancorata alla sensibilità, alla percezione e alle aspirazioni del singolo individuo, ma anche oggettiva, riferita al valore originario, non comprimibile e non rinunciabile di ogni persona» e se «(l)a dignità ferita dalla pratica di surrogazione chiama in gioco la sua dimensione oggettiva» ne consegue – nel ragionamento delle Sezioni Unite – che «(n)ella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta».

Il passaggio, questo ultimo passaggio, è di fondamentale importanza: pur non ignorando la lettura «che prende le distanze dall'idea dei valori della persona che si impongono alla persona medesima, anche oltre quanto da questa voluto in maniera assolutamente libera, consapevole, integra e non condizionata» e la consequenziale idea che alla donna soltanto “sarebbe rimesso, in ultima istanza, il potere di individuare i tempi e i modi di realizzazione della sua personalità, sicché anche la scelta di accogliere l'embrione per aiutare altri a realizzare il loro progetto di genitorialità potrebbe rappresentare per la gestante un modo per realizzare la propria personalità» (e si tratterebbe di un approdo interpretativo suggerito già raggiunto nella giurisprudenza di legittimità di Paesi vicini al nostro), la Corte ribadisce l'ampiezza assoluta del divieto, il solo «in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità».

La presunzione – potremmo così concludere – è assoluta e non vi sono margini a che il giudice, in sede di interpretazione – né tantomeno l'ufficiale di stato civile, al quale, secondo l'obiezione condivisa dal Collegio, sarebbe attribuito l'onere del sindacato discrezionale – possa «*escludere la lesività della dignità della persona umana e, con essa, il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, là dove la pratica della surrogazione della maternità sia il frutto di una scelta libera e consapevole della donna, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino*».

Seppure valido in altri rapporti di filiazione non originati dalla genetica, ma sorti sulla base della “scelta”, e quindi dell'assunzione di responsabilità, di dar vita a un progetto genitoriale comune, seppure valido nel caso in cui si intenda – come vuole la legge 40 del 2004 – dare «*ingresso alla possibilità di costituire in via diretta lo stato di figlio a prescindere dalla trasmissione di geni anche al di fuori delle ipotesi di adozione*», il consenso altrove «*integralmente sostitutivo della mancanza di discendenza genetica*» qui non vale. Non vale e basta, perché il consenso – ed è il legislatore a definirlo – non è sempre un consenso: nella genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita il tutto si lega «*al consenso prestato e alla responsabilità conseguentemente assunta*»; ma dalla disciplina della L. 40 del 2004, artt. 8 e 9, “*non possono trarsi argomenti per sostenere l'idoneità del consenso a fondare lo stato di figlio nato a seguito di surrogazione di maternità*». «*Lo spazio – sono sempre parole delle SS.UU. - «entro il quale il consenso risulta idoneo ad attribuire lo stato di figlio in difetto di legame genetico è circoscritto ad una specifica fattispecie – la fecondazione eterologa – ben diversa e ben distinta dalla surrogazione di maternità. In caso di maternità surrogata, la genitorialità giuridica non può fondarsi sulla volontà della coppia che ha voluto e organizzato la procreazione assistita, così come avviene per la fecondazione assistita*».

Breve: il sì della donna a volte vale, a volte no, non vale; qui non vale mai.

2. LE IPOTESI DI RIFORMA

Ancora non più tardi di qualche mese fa emerge, dunque, come la complessità dei punti di vista si leghi alla “sorte del nato malgrado il divieto” ma sul divieto, sulla cioè configurazione della surrogazione di

maternità come reato e sul disvalore della pratica di procreazione seguita all'estero, non si avverte alcun dubbio e alcuna incertezza: *«si pone l'esigenza di salvaguardare i principi ispiratori dell'ordinamento giuridico italiano in una materia di rilevante sensibilità sul piano etico, che mette in gioco il valore fondamentale della dignità umana, alla quale è preordinato il divieto di ricorso alla maternità surrogata posto da una legge della Repubblica»*.

L'odiosità della pratica surrogante è affermata e ripetuta in ogni occasione, e le parole sembrano testimoniare, nella loro equivoca assonanza con pratiche di turismo sessuale, certamente odiose, senza – queste sì – dubbio di sorta e *«il divieto di surrogazione di maternità, sancito dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, integra un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante»*, anche su questo non vi sono dubbi, almeno non per la più alta voce giudicante.

E tuttavia: sebbene si affermi che *«(l)'esigenza di salvaguardare i valori ispiratori dell'ordinamento italiano si traduce in una finalità general-preventiva: scoraggiare i cittadini dal ricorso all'estero ad un metodo di procreazione che l'Italia vieta nel suo territorio, perché ritenuto lesivo di valori primari»*, un attimo prima non si era mancato di riflettere sulla sorte del reato commesso non nel territorio nazionale: *«la surrogazione all'estero – è un passaggio immediatamente precedente - in conformità della legge ivi vigente da parte di cittadini italiani non può essere ricondotta all'illecito penale di cui al citato art. 12, comma 6. La norma incriminatrice non intercetta le condotte commesse fuori dal territorio dello Stato, essendo il fatto tipico di surrogazione di maternità contrassegnato da un forte radicamento al territorio nazionale»*.

Nessun divieto all'estero; la norma penale non intercetta le condotte commesse fuori dal territorio dello Stato: le due affermazioni della recentissima sentenza a Sezioni Unite esprimono esattamente il recinto della dimensione penale, e spiegano il senso delle ipotesi riformatrici, affacciate alla attenzione del consesso legislativo e sulle quali è bene, a questo punto, soffermarsi.

Il reato è reato, ma non sempre, almeno non se all'estero.

Le ipotesi normative mirano a disciplinare questo aspetto, a consentire, cioè, che il *«turismo procreativo»* – per usare la già citata e, forse, infelice espressione – sia sanzionato, il che precipita la dimensione punitiva in una serie di problemi affidati all'ingegno punitivo che sappia porre rimedio alla extraterritorialità delittuosa e, così, non vanificare il desiderio legislativo di scoraggiare le pratiche *altrove*.

Ecco il punto: le condotte commesse all'estero, anche laddove consentite, devono poter guadagnare la rilevanza penale, sempre e comunque. L'intuizione porta il nome di crimine universale, oltre l'ossimoro di una universalità-speciale, ricreata dal legislatore nazionale proprio per sopperire al difetto di universalità emergente dalla liceità altrui¹¹. Ben oltre l'idea di "ordine pubblico internazionale"¹², che pure sofferiva la criticità comparativa, il criterio della universalità traduce una ampiezza dogmatica, più che ontologica, capace di aggirare l'ostacolo della extraterritorialità.

Più ampio, ma più piccolo; più generale ma più speciale: l'universalità del crimine è un attributo legato ad una scelta positiva, un dato performativo, una costruzione legalista, affidata alla discrezionalità del legislatore nazionale.

11 Sebbene solo sette Paesi (Armenia, Bielorussia, Georgia, Russia, Ucraina, Sudafrica) ammettano il ricorso alla maternità surrogata per fini commerciali, ben undici Stati (Regno Unito, Israele, Romania, Brasile, Portogallo, Argentina, Bangladesh, Thailandia, Australia, Grecia, Canada) lo consentono solo a titolo puramente gratuito; India e Nepal, pur consentendo la gestazione retribuita per altri, vietano che possa essere praticata a favore di cittadini stranieri, e negli USA la surrogazione di maternità è regolata diversamente nei singoli Stati (nel 2019 il New Jersey ha legalizzato la maternità surrogata commerciale, e cos' nel 2020 lo stato di New York: così, in chiave critica, P. Chesler, *Sulla legalizzazione della maternità surrogata commerciale: pensavo che avessimo abolito la vendita di esseri umani*, e T. Bien-Aimé, *Le ancelle di Cuomo: New York legalizza la maternità surrogata riproduttiva commerciale*, entrambe in M.J Devillers e A.L. Stoicea-Deran, dal titolo *Per l'abolizione della maternità surrogata*, Ortica, 2022, rispettivamente a 105 e ss. e 121 e ss.). In Grecia è previsto un permesso speciale rilasciato dal Tribunale ed è possibile anche per i cittadini stranieri che prendono una residenza temporanea, ma non alle coppie omosessuali e agli uomini single. Nel rispetto dell'autodeterminazione delle parti coinvolte, recentemente, anche il Portogallo ha reso legale la gestazione per altri a titolo gratuito, per le coppie eterosessuali con esigenze mediche. Nel Regno Unito la maternità surrogata è legale, limitatamente ai cittadini britannici, ed è permessa solo a titolo gratuito. In Ucraina e in Russia, invece, è legale pagare una madre surrogata per beneficiare del servizio. Per un più approfondito esame delle legislazioni di altri Stati in materia di maternità surrogata, cfr. R. La Russa e altri, *La maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in «Resp. civ. previd.» (2017), 683 ss. La diversità di approccio dei vari ordinamenti è sottolineata anche da M. Rizzuti, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze "naturali" allo scenario della "agenitorialità"*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 166.

12 La nozione di ordine pubblico internazionale è una sorta di recinto deputato a evitare la contaminazione dell'ordinamento interno con elementi di ordinamenti giuridici altri, qualora ciò possa inquinare i profili qualificanti: sulle sfumature assunte da questo principio, anche alla luce degli approdi giurisprudenziali, C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell' "incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 119 ss.

2.1 LE TRE PROPOSTE DI LEGGE

Creata, più che ritrovata, inventata più che scoperta, l'universalità è la chiave di volta delle proposte legislative.

Tutte si appuntano sull'art. 12 della legge n. 40 del 2004, cercando di estenderne la portata applicativa anche verso condotte realizzate all'estero. Si tratta, in estrema sintesi, di trovare una soluzione per poter colpire le pratiche di maternità surrogata realizzate nei paesi la cui legislazione non sanziona ciò che in Italia è, invece, vissuto come un reato odioso e insopportabile, a prescindere dalle ragioni e dalle modalità in cui essa è vissuta e realizzata. Quale che siano le ragioni del consenso della donna ospitante, il consenso all'utero in affitto non è, per volontà legislativa e per autorevoli pronunce, mai valido: un consenso non consentito, poiché il corpo della donna, per la legge italiana, non può mai essere prestato, e, se prestato, quali che siano gli scopi della fecondazione e qualunque sia il rapporto che lega la donna stessa, è come se non fosse stato prestato. *Inutiliter dato*, e la sanzione penale punisce tutti, senza distinzione, coloro che organizzano e che pubblicizzano la surrogazione di maternità, ma anche i committenti, i terzi donatori e – così sembrerebbe - la stessa madre surrogante, il cui consenso non scrimina gli altri, ma non scrimina neppure se stessa, vittima di una costrizione inconsapevole ma, per volontà di legge, autrice consapevole di un reato.

Crimine universale: il sintagma aleggia nelle proposte di riforma¹³, anche se la punibilità estera è raggiunta o pensata in forme leggermente differenti.

La proposta n. 342¹⁴ annuncia il proprio scopo, quello di evitare il *traffico commerciale di bambini* ma la soluzione immaginata è quella di estendere le pene anche al «*cittadino italiano che ricorre alla surrogazio-*

13 In una recente intervista su carta stampata, Marco Pelissero fa notare: «Viene da chiedersi cosa voglia dire perché nel linguaggio giuridico non esiste. Possiamo parlare di reati come crimini di guerra o contro l'umanità, cioè reati che la comunità internazionale ritiene presentino una criminalità manifesta che giustifica una repressione ad ampissimo raggio. Ma qui non vedo i presupposti per costituire un reato universale della maternità surrogata quando in altri Stati, a determinate condizioni, la maternità surrogata è consentita».

14 Proposta di legge n. 342, d'iniziativa dei Deputati Candiani, Barabotti, Bof, presentata il 14.10.2022. La proposta si compone di un unico articolo (art. 1) che così dispone: «Dopo il comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è inserito il seguente: "6-bis. Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini, è vietato accedere alla surrogazione di maternità all'estero. Al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6"».

ne di maternità all'estero», anticipando un *refrain* presente in tutte e tre le ipotesi normative, la frattura logica, cioè, fra scopo della norma, ristretto ai casi “commerciali”, e struttura della norma, aperta a qualsiasi ipotesi di surrogazione di maternità.

La seconda proposta, la n. 887 (Proposta di legge n. 887, d’iniziativa dei Deputati Varchi e Altri, presentata il 15.02.2023, si compone di un unico articolo (art. 1) che dispone quanto segue: «*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”*»¹⁵), annuncia anch’essa lo scopo, sebbene in forma di premessa, prende atto del “vertiginoso aumento” dei casi, ai quali mira, evidentemente a porre rimedio, considera la maternità surrogata «*un esempio esecrabile di commercializzazione del corpo femminile e degli stessi bambini che nascono attraverso tali pratiche, che sono trattati alla stregua di merci*», vi aggiunge la giustificazione tratta dalla *Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo*¹⁶ e così perviene alla proposta di non limitare la punibilità ai soli cittadini italiani, attraverso il sintagma “reato universale” configurabile ovunque e a carico di chiunque si presti o concorra alla gestazione per conto altrui. Ancora una volta, e come capiterà in quella successiva, la proposta fuoriesce dallo scopo annunciato, giungendo a ipotizzare l’incriminazione a qualsiasi ipotesi di surrogazione di maternità e, per giunta, anche a carico di cittadini stranieri, in una doppia frizione fra scopo e lettera, e fra lettera e disciplina codicistica dei reati commessi all’estero.

15 Proposta di legge n. 887, d’iniziativa dei Deputati Varchi, Almici, Ambrosi, Amich, Colosimo, De Corato, Deidda, Di Giuseppe, Iaia, Longi, Lucaselli, Malaguti, Marchetto Aliprandi, Morgante, Tremaglia, Urzi, presentata il 15 febbraio 2023. La proposta si compone di un unico articolo (art. 1) che dispone quanto segue: «*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”*». È questa la proposta che ha avuto il primo via libera definitivo: l’Aula della Camera ha approvato la proposta di legge, firmata dalla deputata di Fratelli d’Italia Carolina Varchi, con 166 voti a favore, 109 contrari e quattro astenuti. Il testo, composto da un unico articolo, adesso dovrà passare al vaglio del Senato della Repubblica.

16 Si tratta della già citata nei paragrafi precedenti Relazione approvata il 17.12.2015 dall’Assemblea plenaria del Parlamento europeo, di cui alla risoluzione 2015/2229 (INI), che «*condanna la pratica della maternità surrogata, che mina la dignità umana della donna, visto che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usate come una merce; considera che la pratica della maternità surrogata, che implica lo sfruttamento riproduttivo e l’uso del corpo umano per profitti finanziari o di altro tipo, in particolare il caso delle donne vulnerabili nei Paesi in via di sviluppo, debba essere vietato e trattato come questione di urgenza negli strumenti per i diritti umani*» a disposizione dell’Unione europea nel dialogo con i Paesi terzi

Una terza, la proposta n. 1026 (Proposta di legge d’iniziativa dei Deputati Lupi e Altri, presentata il 21.03.2023. La proposta si compone di un unico articolo (art. 1), che dispone quanto segue: «*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 per la surrogazione di maternità si applicano altresì quando il fatto è commesso all’estero da cittadino italiano”*»), al dichiarato scopo di tutelare «*i soggetti coinvolti qualora tali atti siano compiuti all’estero*», e in particolare «*le donne più vulnerabili che vivono nei Paesi in via di sviluppo*», si utilizza una formula semplice, apparentemente risolutiva: del reato se ne dichiara la punibilità anche se compiuto all’estero, e – stando alla lettera della legge – a prescindere dalle condizioni delle donne, indipendentemente cioè dalle premesse citate fra gli obiettivi della riforma, la richiamata tutela delle donne più vulnerabili estesa invece a tutte le donne, quasi a presumerne la sottostante vulnerabilità. Come già per le due precedenti, lettera e scopo della norma non appaiono sintonici.

Infine le due, se non ultime, certamente le più autorevoli, la N.2599, Proposta di legge d’iniziativa dei Deputati Carfagna e Altri, Modifica all’articolo 12 della legge 19.02.2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano: «*1. All’articolo 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Il reato di surrogazione di maternità è perseguibile anche quando è commesso in territorio estero da un cittadino italiano”*»; e la N. 306 Proposta di legge d’iniziativa dei Deputati Meloni e Altri, Modifica all’articolo 12 della legge 19.02.2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano (il cui testo è stato ripreso nella attuale legislatura dalla proposta Varchi, di cui *supra*): «*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”*». Sostanzialmente accumulate, le due proposte si differenziavano in relazione ai soggetti destinatari della proposta di estensione della giurisdizione italiana, dal momento che la proposta “Carfagna” era riferita ai soli cittadini, mentre la proposta “Meloni” estendeva gli effetti anche agli stranieri.

2.2 LA RATIO DELLA DOPPIA INCRIMINAZIONE E LE RAGIONI DELLA DEROGA

Qual è, o almeno sembra essere, il senso dei progetti di riforma? Per i reati comuni la regola della doppia incriminabilità asseconda ragioni ampie e di carattere generale: in un ordinamento democratico, che costantemente misura la propria coerenza attraverso la corrispondenza con fonti normative sovranazionali, l'insistenza di una comune valutazione dei fatti giuridici è presidio di coerenza e collaborazione oltre i confini nazionali, aiuta a comporre un quadro d'insieme, tendenzialmente unitario e rispettoso di principi sovraordinati¹⁷; assicura la leale collaborazione fra stati e, non meno importante, allontana l'idea di un ordinamento forzosamente autopoietico, sfuggente a regole di reciprocità e al rispetto dell'altrui visione della disciplina giuridica di materie nelle quali trova spazio la politica legislativa nazionale disegna uno spazio comune, *in parte qua*, dove il diritto penale non soffre limitazioni né disagi.

Come dire: un richiamo alla serietà del gesto sanzionatorio¹⁸, «*un cardine della cooperazione giudiziaria internazionale*» rinunciando al quale «è serio il rischio di finire per affermare la punibilità solo in astratto, ma non in concreto, dei fatti commessi all'estero dal cittadino italiano»¹⁹, una disciplina dissuasiva della libertà legislativa, che, anche nell'esercizio del proprio *ius puniendi*, deve sfuggire alla tentazione che tutto sia consentito, anche fuori del proprio territorio nazionale: a che la potenza non diventi mai prepotenza.

17 Una recente analisi evidenzia come la doppia incriminazione sia un requisito previsto per l'assoggettamento alla legge nazionale dei fatti commessi all'estero pressoché in tutte le legislazioni moderne. Così nel codice penale francese, nel codice penale tedesco, nel codice penale austriaco, nel codice penale svizzero, nella Legge organica sul potere giudiziale spagnolo, nel codice penale portoghese, nel codice penale danese, in quello norvegese, e svedese. Analoghe disposizioni si trovano anche oltreoceano, nelle legislazioni dell'America latina: in particolare, in Messico, in Perù, in Uruguay e in Brasile.

18 Così G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità come 'reato universale'?* A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento, in «Sist. pen.» online (02.05.2023), 156.

19 Così G.L. Gatta, *Surrogazione di maternità come 'reato universale'?*, cit., 155. L'Autore precisa quanto segue: «È fin troppo evidente, infatti, che l'autorità giudiziaria italiana non potrebbe punire in concreto quei fatti senza la cooperazione giudiziaria dello Stato estero, che ben difficilmente potrebbe essere offerta in relazione a un fatto lecito nel proprio ordinamento. Come si potrebbero in concreto provare quei fatti nel processo?». Più in particolare, secondo l'Autore, rinunciare al principio della doppia incriminazione «significa finire per sbattere sul tavolo un pugno affermando la giurisdizione italiana solo simbolicamente, come espressione di un panpenalismo e di un paternalismo dello Stato, che segue il cittadino anche là dove è consentito ciò che in Italia è vietato» (così, 156).

Per un particolare gruppo di reati la regola trova un contraltare, legato ad una sorta correzione *in re ipsa*, potremmo dire, *in ragione* – “in-ragione”: il sintagma non è casuale – di una ampiezza assiologica che contiene l’univocità, altrove espressa nel requisito della reciprocità e qui resa inutile dalla evidenza assiologica del bene giuridico tutelato. Come dire, il bene giuridico è così incontrovertibile che non occorre ricercare la corrispondenza biunivoca, qui dichiarata o costruita dalla norma, o semplicemente resa indifferente dalla norma speciale, senza ulteriore indugio.

Il richiamo ai reati è nell’art. 7, nei termini di un catalogo *in progress* – certamente sfornito di copertura costituzionale – rimpinguabile *alla bisogna*. Ed è esattamente, o probabilmente, quello che il nuovo legislatore ha inteso, o intende fare, aggiungere il reato di maternità surrogata fra quelli per i quali “*lo-dico-io*” prevale su regole di reciprocità. La ragione è così forte che *lo-dico-io* vale più che *lo-diciamo-noi*, o meglio, *lo-dico-io* vale perché si ritiene che *lo-dicono-tutti*.

E come *non potrebbero dirlo tutti*, o *impedirlo tutti di dirlo*, per i reati contro la personalità dello Stato, o reati di Contraffazione del sigillo dello Stato, ovvero, per altro verso, i reati di Tratta di donne e di minori commessa all’estero, o per il reato di abbandono all’estero un cittadino italiano minore degli anni diciotto, a lui affidato nel territorio dello Stato per ragioni di lavoro, o, *ca va san dire*, per i reati sessuali *ex artt.609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies*, commessi all’estero da cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero dallo straniero in concorso con cittadino italiano²⁰, o così per altre ipotesi al cui interno trova spazio la rinuncia al controllo di reciprocità.

Le ipotesi modificano il quadro dei limiti spaziali di applicabilità della legge italiana di cui agli artt. 3, 7 e ss. c.p., in materia di reati commessi all’estero, ampliando il novero dei reati elencati nello stesso articolo 7 c.p., nel riferimento ad «*ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali prevedano l’applicabilità della legge penale italiana*». Più che l’applicabilità dell’art.9, il quale, essendo la pena inferiore a tre anni, renderebbe necessaria – come nella attuale previsione – un’apposita richiesta del Ministro della giustizia, ovvero l’istanza di procedimento o di querela da parte della persona offesa, l’intento novellistico sembra immaginare una estensione del catalogo di cui al comma 5 dell’art. 7, reso

20 In quest’ultima ipotesi riemerge la clausola di reciprocità e lo straniero è punibile quando si tratta di delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e quando vi è stata richiesta dal Ministro di grazia e giustizia.

possibile dalla speciale disposizione di legge, fra cui appunto il nuovo art. 12 della legge n. 40 del 2004 (Nella proposta di legge Meloni, nelle premesse del testo sottoposto alla discussione parlamentare è scritto espressamente: «*Tuttavia, il codice penale, all'articolo 7, stabilisce espressamente la punibilità per taluni reati anche se commessi all'estero, prevedendo una riserva di legge in materia, in forza della quale la presente proposta di legge interviene proprio sulla legge n. 40 del 2004, introducendo la punibilità del reato anche quando lo stesso sia stato commesso in un Paese straniero*»).

Il dato novellistico sembra, dunque, voler superare sia il vincolo del comma 2 dell'art. 9, sia il requisito della c.d. *doppia incriminazione*, la controversa necessità, cioè, che il fatto sia previsto come reato sia dalla legge italiana, sia dalla legge dello Stato in cui è stato commesso²¹.

Il requisito sostanziale “reato universale” è chiamato a spegnere, annullare, il requisito processuale della doppia incriminabilità, e così consentire di sfuggire alla verifica di bilateralità, assorbita ora dalla universalità del dato positivo. Il reato è così ampio che non serve monitorare la analoga punibilità presso lo stato ospitante, frazione territoriale di una comunità universale nella quale si colloca la nuova previsione delittuosa.

La norma costruisce il dato, una sorta di seconda presunzione – dopo già quella sulla inutilità del consenso della madre surrogante – volta a trascurare l'indifferenza punitiva, eventualmente presente in altre realtà territoriali, e a lasciare prevalere la pervasività indigena che, sola o con altri - poco importa l'effettiva universalità del pensiero punitivo – immagina e definisce il reato come universale, e in tal modo sanzionabile *sempre-e-comunque*.

Il delitto comune, ex art. 9, diventa reato commesso all'estero ex art.7, acquisisce una specialità punitiva resa possibile dall'idea di crimine universale, tanto quanto le numerose e speciali disposizioni di legge al cui contenuto linguistico la norma fa espresso rinvio (le curatele codicistiche citano fra gli altri gli artt. 531-536, 537, 591, 604, c.p., e altre)

21 Come peraltro precisato da Cass. pen. sez. V, 10.03.2016, n. 13525, la quale supera la questione della doppia incriminabilità, attraverso l'espedito assolutorio del difetto di consapevolezza psicologica: «*la questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, sia necessario che si tratti di fatto previsto come reato anche nello Stato in cui fu commesso (cosiddetta doppia incriminabilità) è controversa in giurisprudenza. Tale circostanza assume sicuro rilievo ai fini della consapevolezza della penale perseguibilità della condotta, in quanto l'errore investe la portata applicativa dell'art. 9 c.p. L'errore sul precetto è inevitabile nei casi di impossibilità di conoscenza della legge penale da parte di ogni consociato dovuta alla mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa oppure alle incertezze di interpretazione giurisprudenziale*».

2.3 LE INCERTE RAGIONI DELLA RAGIONE PANPUNITIVA

La scelta normativa solleva numerosi interrogativi: per la maternità surrogata *lo-dicono-tutti*? È davvero così? È davvero un crimine universale? E semmai non fosse così, semmai *non lo dicessero tutti*, la regola indigena, nel momento in cui smarrisce la sua ragione fondativa, continua ad essere valida ed applicabile? E qual è, per davvero, la ragione fondativa? La dignità del nato o la dignità della gestante? E la deriva clandestina, che il divieto potrebbe generare²², concorre alla tutela del nato o, invece, corre il rischio di mortificarla e veicolarla verso complicazioni giuridiche e processuali? Ancora: un crimine dichiarato universale, creato universale, ma non strutturalmente e assiologicamente universale, può imporre la sua disciplina? E questa eventuale imposizione ha profili di effettività, può cioè trovare sostanza, malgrado la dichiarata liceità che, laddove affermata, precluderebbe forme collaborative di tipo giudiziario²³? E, per concludere: una volta imposta la regola di presunta concordanza – e la presunzione sembra essere costruita nei termini di una presunzione *juris et de jure*, piuttosto che *juris tantum* - esiste un sindacato di ragionevolezza della scelta positiva di cui se ne avverta, eventualmente, l'incongruenza? la ragione fondativa può legarsi ad una scelta irragionevole e indiscutibile del legislatore nazionale, senza che vi sia una qualche forma di controllo?

A questi e ad altri interrogativi, positivi e metapositivi (naturalmente ne restano molti altri, quanto alla coerenza interna di profili edittali sbilanciati verso la sanzione economica, quasi a testimoniare il desiderio di punire un reato predatorio, legato all'esercizio organizzato in chiave economica della surrogazione di maternità, più che a istanze solidaristiche²⁴; la blandizia edittale personale, espressiva di un reato bagattellare, piuttosto

22 In un articolo di Paola Gervasio, dello scorso aprile, si riporta il dato della agenzia di ricerca Global Market Insights, secondo il quale l'industria globale della gestazione per altri è cresciuta fino a raggiungere una cifra di 14 miliardi di dollari nel 2022. Entro il 2032, si prevede che tale cifra salirà a 129 miliardi di dollari.

23 La sensazione di un diritto penale simbolico, già evidenziata da Marco Pelissero, è condivisa da G. Brunelli, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 82.

24 Osserva in proposito M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge N. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in «Sist. pen» online (29.06.2021), 8-9, come «il minimo della pena è ben dodici volte superiore al valore massimo che la pena della multa, per disposto generale, può assumere (art. 24 c.p.): il legislatore è libero di derogare a questo limite, ma è una deroga che si giustifica nei reati espressivi della criminalità del profitto».

che di un crimine a presidio di un alto valore sociale; dal *meno* al *più* e al *troppo*, vale a dire la possibile deriva punitiva in relazione a fattispecie derivate, quali le false dichiarazioni ex 495 cp o alterazioni di stato ex 567 cp, etc.)²⁵, si aggiungono ulteriori interrogativi, legati alla idea che il nuovo reato intende esprimere, la modernità etica di una decisione positiva che solleva punti di vista differenti.

Fra i tanti, legati alla visione biologica di famiglia e di procreazione, alla effettiva laicità di una opzione che non nasconde fastidio se non verso loro, certamente verso le loro decisioni, quelle cioè riconducibili a coppie del medesimo sesso²⁶, nondimeno la *nuance* moraleggiante che trapela nella lettura “turistica” di un fenomeno complesso, infine l’opportunità, la convenienza direi, di affidare al diritto penale simbolico la cura “paternalistica”²⁷ di un fenomeno complesso ipotecato da una ansia criminogena che non gioverebbe all’interesse del minore²⁸, fra i tanti interrogativi, si dice-

25 Su queste ultime fattispecie si sofferma E. La Rosa, nella voce *Maternità surrogata*, in «Diritto on line» (2017).

26 È questa, peraltro, la acuta osservazione di S. Niccolai, nella relazione conclusiva al volume S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., nel saggio *Diamo alla maternità quel che le spetta*, a pagina 211, così scrive: «È l’identità di sesso tra i genitori (il fatto che abbiano lo stesso sesso) e non come è nato il bambino a urtare il nostro ordinamento dello stato civile».

27 Così M. Pelissero, *Surrogazione di maternità*, cit., 7. È interessante evidenziare come nel volume già citato, curato da M.J Devillers e A.L. Stoicea-Deran, *Per l’abolizione della maternità surrogata*, il saggio di R. Klein, *Strategie per fermare la maternità surrogata internazionale: oltre la trappola della compassione*, alle pagine 223 ss. elenca una serie di ipotesi strategiche per combattere la maternità surrogata, ben sette, fra le quali non è contemplata la creazione di fattispecie criminalizzatrici. Al contrario, nella parte finale del volume è presente la Convenzione femminista per l’abolizione della maternità surrogata, redatta dalla ICASM dove, agli articoli 8, 9, 10 e 11, si immagina, a previsione di fattispecie penali (che però non sembrano colpire la madre gestante), una giurisdizione universale e collaborazioni procedurali fino all’ipotesi della estradizione.

28 Analoga considerazione è sviluppata, proprio a commento delle proposte di legge qui analizzate, da G. Losappio, *Maternità surrogata tra condotte off shore e diritto penale off limits*, in «Sist. pen.» online (15.05.2023), 8: «Se l’interesse del minore non è assoluto (tanto da non giustificare di per sé il riconoscimento della genitorialità intenzionale), in ogni caso, prevale rispetto alla pur legittima finalità di disincentivazione del ricorso alla surrogazione di maternità. Il bilanciamento, pur necessario, non deve mai tradursi in una soluzione che non assicuri la piena tutela del minore, obiettivo che – secondo la Corte Costituzionale – non può essere soddisfatto nemmeno dalle ipotesi dell’adozione in casi particolari (c.d. ‘non legittimante’), prevista dall’art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983. Nel caso la TFA abbia successo, rispetto a questa esigenza la punizione del genitore intenzionale appare davvero disfunzionale. È un dato di realismo considerare che la sovrapposizione tra una vicenda riproduttiva così peculiare e l’accusa se non la condanna in sede penale della coppia o del committente costituisce un fattore di aggravamento del rischio di sequele negative a carico del figlio di intenzione. Detto un po’ rozzamente, che un figlio possa essere consi-

va – affidati come sempre a migliori approfondimenti²⁹ – ci piace lasciare emergere un particolare aspetto, già analizzato in altre fugaci riflessioni.

3. DAL PAROCHIALISM ANTROPOCENTRICO AL NO SURROGATO

La politica punitiva si conferma espressione di una visione comprensibilmente egocentrica, ma qualsiasi legislatore, anche quello più autarchico, non sfugge ad una spiegazione di razionalità intimista che aiuti a misurarne e spiegare il senso e l'efficacia di una scelta altrimenti arbitraria. Come dire, dare un senso alle proprie decisioni, rivendicare le ragioni del proprio ragionamento. E, in questo vincolo raziocinante, spiegare, nei limiti del possibile, la scelta di non dare ingresso ai dubbi che già numerose Corti avevano, in più circostanze, avuto modo di evidenziare, come peraltro nella stessa ordinanza di rimessione alla recente sentenza delle Sezioni Unite: pur ribadendo la centralità dell'interesse del minore *«a che sia affermata la titolarità giuridica di quel fascio di doveri che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio della responsabilità genitoriale»* *«(i)l bilanciamento tra i diritti del bambino e la tutela della dignità della donna, secondo l'interpretazione proposta dalla Prima Sezione, non andrebbe fatto in astratto, ma dovrebbe tener conto del singolo caso in esame, secondo criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza, considerando anche la multiforme realtà della surrogazione. In quest'ambito, anche la natura dell'accordo di surrogazione dovrebbe essere soggetta a specifica verifica, dovendosi accertare se la gestazione per altri sia frutto di scelta libera e consapevole e non di necessità economiche, se l'accordo sia stato realizzato nel rispetto delle prescrizioni legali del Paese estero, se ci sia un legame genetico con uno dei genitori. In particolare, l'ordinanza sottolinea che la donna che accetta di portare a termine una gravidanza anche nella prospettiva di non diventare la madre del bambino che partorirà sarebbe*

derato 'corpo del reato'. Se tra le ragioni spesso addotte a sostegno della incriminazione della maternità surrogata si spendono i 'danni psichici ed esistenziali' a carico del figlio, che, in realtà, sono privi di un chiaro e riconosciuto fondamento empirico, a maggior ragione il rischio ampiamente validato dalle scienze pediatriche di vittimizzazione secondaria del figlio di un imputato dovrebbero imporre il massimo self restraint».

29 Fra i tanti quello di M. Pelissero, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge N. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, cit.

in una condizione che può essere considerata non lesiva della sua dignità quando alla base vi sia una scelta libera e consapevole, indipendente da contropartite economiche e revocabile sino alla nascita del bambino».

L'ordinanza sembra interrogarsi su un punto, che non è sfuggito alla attenzione della Corte, né alle ragioni della riforma: la gestazione per altri può, a determinate condizioni, consentire di superare il carattere invalicabile di limite di ordine pubblico così come disegnato nel 2019 dalle Sezioni Unite, valutando caso per caso anche la tipologia di accordo gestazionale?

L'ultimissimo arresto – come si è evidenziato – sostiene di no: si perviene alla affermazione della non trascrivibilità automatica del rapporto di filiazione con il genitore di elezione (altrove definitivo “committente privo di legame biologico con il bambino”) e in ciò si esprime *«la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale»* (punto 21.1.).

“Spesso”: le Sezioni unite conoscono, ovviamente, il senso dell'avverbio, ma non vi danno peso, almeno non un peso dogmatico, e con loro il nuovo legislatore, il quale, consapevole delle difficoltà di scrutinare i singoli casi, muovendo dal dato esperienziale di pratiche mercatali in territori dove la fragilità della donna si offre a insopportabili sfruttamenti³⁰,

30 L'India, la Thailandia e il Nepal sono i paesi dove si registrano condizioni di sfruttamento, forse ora trasferite in paesi come l'Ucraina e la Russia: così M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in «Questione Giustizia» (2019), il quale sottolinea come tutti e tre i paesi abbiano poi chiuso la GPA agli stranieri. Sulla maternità surrogata in India si veda R. Banerji, *Come Oprah ha promosso il mercato globale della maternità surrogata in India*, in J. Devillers, A.L. Stoicea-Deran (a cura di), *Per l'abolizione della maternità surrogata*, 93 ss.

La particolare condizione dell'Ucraina, afflitta dal conflitto in atto, è resa evidente nel riferimento contenuto nella recente Risoluzione del Parlamento europeo del 05.05.2022 sull'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne (2022/2633(RSP) risoluzione P9_TA(2022)0206) che, nella più ampia tematica della difficile condizione femminile nel contesto di guerra, si sofferma proprio sul fenomeno della maternità surrogata.

La condizione di sfruttamento che sottintende l'adesione alle pratiche di maternità surrogata non è revocata in dubbio nei numerosi saggi raccolti nel volume curato da M.J Devillers e A.L. Stoicea-Deran, dal titolo *Per l'abolizione della maternità surrogata*, cit., nel quale sono presenti numerosi contributi, accumulati dalla convinta e invincibile avversione alla maternità surrogata, e fra i tanti segnaliamo quelli che evidenziano la geografia della maternità surrogata nei paesi in cui si registrano condizioni di povertà ed emarginazione: M.J Devillers, *La geografia della maternità surrogata*, 43 ss.; Y. Yanagihara, *Un "racconto dell'ancella" in Asia orientale: contratti di gravidanza precedenti alla moderna maternità surrogata*, 54 ss.

costruisce una presunzione assoluta e invincibile: per decisione normativa *spesso* equivale a *sempre*, a prescindere dai casi e dalle situazioni, e dunque *spesso* significa performare un *sì* e renderlo un *no*.

La leggerezza dell'avverbio "spesso" si traduce nel peso dell'avverbio "sempre". Una presunzione, per intenderci, invincibile, indiscutibile dove *spesso* vale come *sempre* e, per converso, stando alle ragioni motive che le norme si premurano di premettere alla disciplina normativa, attraverso anche il richiamo alle fonti internazionali, il *si* vale come *no*, dal momento che il *si*, *spesso* costretto, si presume *sempre* costretto.

Non è la prima volta, né probabilmente l'ultima, che il sistema ricorre alla tecnica delle decisioni performanti, chiamate a dare stabilità al sistema e preservarlo da dubbi e consequenziali complicazioni accertative: piuttosto che esporre la materia ad un sindacato *volta-per-volta*, appare preferibile, più comodo, stabilire una regola, renderla indifferente alla sua ragione fondativa, e pretendere *sempre* l'applicazione. Il contesto si sottrae al dibattito e la parola ne sottintende la complessità: il consenso a meno di 14 anni non è *mai* un consenso; il mancato soccorso ad un minore di anni 10 è *sempre* una omissione penalisticamente rilevante; un ubriaco volontario è *sempre* capace di intendere e volere, tanto quanto un ubriaco involontario non lo è *mai*, e così di seguito in una serie di costruzioni salvifiche, per il sistema punitivo. *Mai* e *sempre* disegnano un apparato di certezze, che stratifica una costruzione giuridica e la dispensa dal confronto con il caso-concreto

Ora, qui, la regola è che il consenso non vale mai. Come già altrove, nel complicato discernimento dei diritti disponibili, il perimetro di illiceità degli atti di disposizione del corpo, nel rinvio ai limiti imposti dall'art. 5 c.c., e nel divieto «quando» – tali atti di disposizione – «*cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume*», finisce per inglobare anche il consenso alla surrogazione della maternità³¹.

31 Oltre l'art. 5 del codice civile vi sarebbe – nell'opinione di V. Pazè, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Giuffrè 2023, 173 – l'art.3 della Carta di Nizza il cui articolo 3 stabilisce limiti alla violazione della integrità fisica e psichica, ma aggiunge la necessità di un «*consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge*» e «*il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro*». Trattandosi di una pratica violenta, e addirittura rischiosa per la vita, resta evidente – muovendo da questo presupposto – l'invalidità del consenso nell'opinione di M.J Devillers, A.L. Stoicea-Deran, nella *Introduzione* all'edizione italiana *L'abolizione della GPA, una lotta femminista*, nel volume S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 13.

Qui, in questo particolare settore dei rapporti umani, non fa differenza, il consenso della donna è sempre invalido, anche se non vi è sfruttamento, anche se non vi è commercializzazione, anche se l'intento filantropico, amicale, parentale potrebbe essere la ragione specifica del consenso alla ospitalità surrogante, in un *qui* e in un *altrove* dove la volontà della donna si offre alla *altrui* determinazione³², e la validità della volontà è decisa dalla norma: si pensi alla improbabile, ma non impossibile, ipotesi che una cugina canadese decida di vivere una gravidanza per conto di altri, senza alcun intento di lucro, e ciononostante sia attratta nella previsione punitiva della legge³³. La ragione generale conta più di quella speciale. E

32 In un bel saggio di M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., si evidenzia come la gestazione per altri sia un fenomeno variegato, che si offre ad almeno tre differenti ipotesi: la prima, quella di una donna gestante che *vuole essere madre* mentre la madre genetica *non vuole essere madre*, siamo cioè nell'ambito di una PMA eterologa *ex latere matris*, consentita anche nel nostro ordinamento a seguito della sentenza costituzionale n. 162 del 2014; la seconda, quella in cui la donna gestante *non vuole essere madre* del bambino, mentre la madre genetica *vuole essere madre*, con trasferimento nella gestante di un embrione già formato con gameti provenienti dalla coppia di genitori, e siamo nell'ambito della maternità surrogata punita dall'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004; infine la terza ipotesi, quella cd. "ROPA", dove entrambe le donne *vogliono essere madri*. La medesima vicenda – così conclude l'Autore – si offre ad una diversa valutazione a seconda della *volontà delle due donne*, nel primo caso la fattispecie è perfettamente legittima per l'ordinamento, nel secondo caso è penalmente sanzionata, nel terzo caso è sanzionata in via amministrativa, il che vale a significare come il giudizio sulla scissione delle figure materne muti radicalmente a seconda della intenzione delle donne, a sottolineare l'importanza cruciale che in questa materia assume *la volontà* delle donne coinvolte

33 Si tratterebbe, nella acuta obiezione di V. Pazé, *Due o tre cose sulla maternità surrogata*, articolo del 06.06.2023 sulla rivista «Il Mulino», di una eventualità quasi cinematografica («*Quello della donna che si offre di soccorrere una sorella o un amico gay si presenta (quasi) solo nei film. Nella realtà si tratta di un rapporto giuridico mediato da un contratto tra soggetti privati*»). In termini più articolati, il pensiero dell'Autrice è spiegato nel volume *Libertà in vendita*, cit. La finzione giuridica del dono, l'esistenza cioè né più né meno che di una finzione, è anche nel pensiero di E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 20. Di tutt'altro avviso, ci pare, G. Brunelli, *Nel dedalo della maternità surrogata*, cit., 78. Di casi limitatissimi parla F. Angelini, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 33: solo per questi casi, come detto, limitatissimi, non vi sarebbe la violazione delle condizioni di libertà, altrimenti connesse alla mercificazione e sfruttamento economico del corpo femminile camuffate nella "retorica del dono". "favola bella" e "favola brutta" sono le due letture di un medesimo fenomeno che conosce verità di mezzo, come ci ricorda C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell' "incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 133-134: brutta, bruttis-

la disposizione del proprio utero, l'affitto come la ospitalità gratuita, non sono consentiti, essendo – per presunzione invincibile – tale consenso viziato ed insincero; non libero, presuntivamente costretto dalla necessità.

Naturalmente il legislatore resta libero di costruire tutte le presunzioni che ritiene necessarie. *Parochialism* antropocentrico, o forse meglio, *parochialism* statualcentrico, il che vale quanto dire disegnare una pervasività punitiva a prescindere dalla visione universale o meno del bene giuridico in protezione. E il tema è così complesso da aprire la riflessione a dubbi più che certezze.

Ad alimentare i primi, sperando di dare ingresso alle seconde, proviamo a segnalare tre particolari aspetti.

4. LA TENDENZIALE RIVOLTA ALLE PRESUNZIONI

Il sistema non ama molto le presunzioni, sebbene ne riconosca la legittimità, forse meglio la saltuaria necessità. Il sistema giuridico ne fa uso, ma sempre più spesso si avverte il desiderio di rivisitarne la forza cogente.

Solo per restare a talune più recenti correzioni ad opera della Consulta, in questa direzione si muove la sentenza che ha corretta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia trasformandola in presunzione relativa³⁴; la sentenza costituzionale,

sima la pratica commerciale – una sorta di schiavismo disumanizzante -, quella altruista è giudicata, in una lente telescopica, non parimente esente da rischi, almeno nella prospettiva del nascituro. Di somiglianza con pratiche di tratta dei bambini parla anche D. Rosani, *L'equilibrio dell'ecosistema. Una discussione sincera sulla genitorialità per tutelare davvero il minore*, ivi, 178. Nel volume curato da M.J Devillers e A.L. Stoicea-Deran, *Per l'abolizione della maternità surrogata*, cit., la convinzione che si tratti di una finzione di consenso traspare in numerosi saggi: di *retorica dell'aiuto* parla S. Guerini, nella *Introduzione alla edizione italiana*, a pagina 25 del volume. Ancora più severo il giudizio di G. Corea, nei termini di *libertà spazzatura*, da cui poi il titolo del suo saggio nel medesimo volume (*Libertà spazzatura*), alle pagine 39 e ss., la quale estende analogo giudizio alla pratica della prostituzione, giudicata anch'esso un crimine contro le donne. Di *presunto altruismo* parla anche A. Clément-Saby, *Maternità surrogata: una nuova versione dei miti patriarcali sulla riproduzione*, a pag. 82.

34 Corte costituzionale n. 253/2019, Pres. Lattanzi, Red. Zanon ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis comma 1 ord. pen. nella parte in cui non prevede che anche i condannati per reati ostativi che non abbiano collaborato con la giustizia possano accedere ai permessi premio, qualora siano stati in concreto acquisiti «*elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti*». In tale pronuncia la Consulta non è mancata di ribadire quanto già affermato nella sentenza Corte costituzionale n. 57/2013, § 4.2, l'idea cioè che le presunzioni assolute limitative di diritti fondamentali si pongono in contrasto con

quanto alla illegittimità di presunzioni assolute di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere, fondate sul titolo del reato in contestazione, quando non corrispondano all'*id quod plerumque accidit*³⁵. E' di pochi mesi fa la ordinanza n. 97 del 2021, all'esito dell'udienza del 15.04.2021 e depositata l'11.05.2021, con la quale la Corte costituzionale, nell'affidare al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia e riservandosi di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni eventualmente assunte³⁶, ha avuto modo di affermare che «non è affatto irragionevole presumere dalla mancata collaborazione il mantenimento di legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza (fortemente radicata nel territorio, caratterizzata da una fitta rete di collegamenti personali, dotata di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo) a condizione, tuttavia, si tratti di presunzione relativa superabile da prova contraria (consistente in congrui e specifici elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata sia il rischio del loro futuro ripristino e, comunque, non riducibili alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione al percorso rieducativo o a una soltanto dichiarata dissociazione) rimessa alla valutazione del tribunale di sorveglianza»³⁷. E, ancora più recente, in

l'art. 3 Cost. laddove siano arbitrarie e irrazionali, ossia non rispondano a «dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». Per un commento alla pronuncia si veda S. Bernardi, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in: «Sist. pen.» online (28.01.2020).

35 Corte costituzionale n. 331/2011, Pres. Quaranta, Rel. Frigo. La censura ha investito la disciplina della immigrazione, in particolare dalla norma sostanziale – il comma 3 dell'art. 12 del T.U. immigrazione – la derivata norma processuale, contenuta nel successivo comma 4-bis, che stabiliva che, laddove sussistenti gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, dovesse essere applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che non fossero acquisiti elementi dai quali risultasse l'inesistenza di esigenze cautelari. La sentenza è annotata da G. Leo, in «Diritto penale contemporaneo» online (16.12.2011).

36 La questione ha ad oggetto la legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, 58-ter della legge 26.07.1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), e dell'art. 2 del decreto-legge 13.05.1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa) convertito, con modificazioni, nella legge 12.07.1991, n. 203, sollevato dalla Corte di Cassazione, prima sezione penale, con ordinanza del 03.06.2020, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, Cost. con riguardo all'art. 3 della CEDU, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste che non abbia collaborato con la giustizia.

37 Per un breve commento D. Piva, *Sulla illegittimità della presunzione assoluta di pericolosità dell'ergastolano non collaborante ai fini dell'ottenimento del beneficio della liberazione condizio-*

tutt'altro settore, sulla scia della sentenza n. 139 del 2010³⁸, nel superamento della logica delle presunzioni invincibili, la Consulta ha estesa la censura di irragionevolezza all'art. 76, comma 4-bis, del d.P.R. n. 115 del 2002, nella parte in cui ricomprende anche la condanna per il reato di cui al comma 5 dell'art. 73 t.u. stupefacenti, laddove presume che coloro i quali siano stati condannati in via definitiva per fatti di spaccio «di lieve entità», quand'anche aggravati ai sensi dell'art. 80 t.u. stupefacenti, superino i limiti di reddito per accedere al patrocinio a spese dello Stato³⁹. Infine, di appena qualche mese fa, la sentenza n. 10 del 31.01.2023, con la quale la Corte costituzionale, seppure dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 32, primo comma, numero 2), del Dpr n. 600/1973, nella parte in cui pone la presunzione per la quale i prelevamenti sul conto corrente, se non risultano dalle scritture contabili, sono considerati ricavi dell'imprenditore commerciale, salvo che ne sia indicato il beneficiario, fa salva la disposizione, purché sia interpretata alla luce della Costituzione. E cioè, se da una parte si afferma la non manifesta irragionevolezza della “doppia presunzione”, che dai prelevamenti bancari ingiustificati, eseguiti dall'imprenditore, inferisce costi e ricavi occulti, d'altra parte, l'interpretazione costituzionalmente orientata richiede che il contribuente imprenditore possa sempre articolare la prova contraria presuntiva e, in particolare, eccepire l' «*incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno, dunque, detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati*» (sentenza n. 225/2005) affinché la presunzione in esame risulti compatibile anche con il principio di capacità contributiva (articolo 53, primo comma, Costituzione).

Id quod plerumque accidit: il sintagma traduce il senso delle riflessioni costituzionali, le presunzioni si offrono ad una verifica interna ed esterna.

nale - Corte cost. ord. 97 del 2021, in «AP» online (2021).

38 Che aveva già dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della norma censurata – l'art. 76, comma 4-bis, del d.P.R. n. 115 del 2002 aveva circoscritto le condizioni generali per l'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, prevedendo che il reddito «*si ritiene superiore ai limiti previsti*» a fronte di un'intervenuta condanna definitiva dell'interessato, relativa a un diverso processo anteriore, per i reati ivi elencati – laddove poneva una presunzione assoluta a carico dei soggetti condannati in via definitiva per i reati ostativi di superamento dei limiti di reddito – riconoscendo la irragionevolezza della portata assoluta della presunzione, in particolare, per la sua ampiezza, in quanto: a) non distingueva, all'interno dei soggetti condannati per reati in materia di criminalità organizzata, tra i capi e i gregari delle organizzazioni criminali; b) non aveva limiti di tempo; c) non consentiva di considerare l'eventuale percorso rieducativo seguito dal soggetto successivamente alla condanna, financo nell'ipotesi di riabilitazione dello stesso; d) precludeva, per l'effetto, l'accesso al beneficio del patrocinio a spese dello Stato anche in processi diversi da quello penale.

39 Corte costituzionale, n. 223/2022, Presidente: Sciarra - Redattore: Amoroso.

Trovano fondamento in una ragione generale, nella stratificazione di regole di concordanza che ne abbiano guidato e consentita la costruzione; nondimeno non devono rendersi impermeabili ad un *second best*, alla cioè verifica a che, quelle originarie ragioni fondative, non siano smentite dal caso concreto, da una possibile, e mai negabile, *ricontrollo* di concordanza fra l'astrazione, di cui la regola è portatrice, e la disciplina del caso concreto⁴⁰.

La giusta certezza dell'astrazione rinvia alla giusta verifica del caso concreto.

5. L'INDIGNAZIONE SELETTIVA

La tecnica legislativa delle presunzioni non sempre piace a chi scrive e non sempre lascia indifferenti chi usa ciò che altri scrivono: a non considerare le citate rivolte antipresuntive (nei vari settori del diritto penale: ordinamento penitenziario, incapacità, pericolosità, etc.), e a restare al solo tema che ci occupa, va evidenziato come in un passaggio della citata sentenza a sezioni Unite del 2022 emerga esattamente una *sussurrata* rivolta antipresuntiva: «*il riconoscimento della genitorialità – si legge al punto 21.3 – non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico*” e «(1)*’instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del*

40 Nelle posizioni che dubitano della libertà di scelta delle donne che accettano di aderire alla pratica surrogata viene, talvolta, usato l'argomento della fragilità del consenso dei lavoratori, la cui tutela sindacale è irrinunciabile in ragione delle condizioni asimmetriche in cui la libertà verrebbe esercitata. Qui, in questo particolare settore di vulnerabilità della autodeterminazione, capita che il prestatore di lavoro sia garantito dall'esterno, impedendo la rinuncia ai suoi diritti, o – per restare nella materia penalistica – costruendo una procedibilità necessaria, non a querela, per evitare l'imbarazzo di una rinuncia non libera all'iniziativa penale contro il proprio datore di lavoro. L'intelligente parallelismo – presente, fra gli altri, in V.Pazè, *Libertà in vendita*, cit., 175, e *passim*– coglie la complessità del tema, ma non rende ragione di alcune, e non poco significative, differenze: la tutela del lavoratore, di quel lavoratore rinunciatario, è una forma di tutela della comunità dei lavoratori, inoltre l'eventuale accordo sindacale, anche remissivo rispetto ad alcune posizioni soggettive, che cioè rinunci ad alcune garanzie o privilegi acquisiti, è pur sempre possibile a condizione che sia adottato con particolari cautele (ad es. nelle forme della conciliazione giudiziale) che rendano evidente la libertà del consenso, in un controllo *ex post* dell'accordo sindacale. In sostanza il consenso, quando non è affidato ad una ragione di sistema, viene offerto ad un *second best*, che conosce la presenza di un terzo giudicante che superi la presunzione di “servitù volontaria” che altrimenti, quasi certamente, governerebbe gli accordi fra contraenti in posizione di disequilibrio. E quanto alla procedibilità, d'ufficio anziché a querela, la garanzia è in fondo affidata alla verificata dell'Autorità, precedente prima, giudicante poi, chiamati a discutere e ridiscutere (ancora una volta, in *first* e in *second best*) la veridicità della notizia criminis.

miglior interesse del minore non si coniugano con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza: quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello status, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale».

La Corte sta discutendo della trascrizione automatica del provvedimento giudiziario straniero e, nel proprio ragionamento, perviene ad auspicare una valutazione non automatica del riconoscimento familiare, laddove non preceduta da una analisi *caso-per-caso*, che analizzi e rifletta sull'interesse del minore⁴¹.

Breve: il fastidio verso le presunzioni – che appartiene alla linea evolutiva del sistema penale – vale per l'interesse del neonata/neonato, ma, nel medesimo contesto argomentativo, non ci si avvede di aver fatto valere per la donna ciò che non vale per il neonato, avere cioè costruita una presunzione, per di più invincibile, avendo nel contempo pensato di demolirne un'altra. Sempre o spesso, alla bisogna.

6. QUELLO CHE LE DONNE NON DICONO (E SE DICONO NON VALE)

Sarà un caso, ma la costruzione del dissenso malgrado il consenso, abita spesso, molto spesso, l'universo femminile. Le presunzioni, fastidiose ma necessarie, trovano espressione nei contesti di vulnerabilità o fragilità dell'io narrante-decidente, quasi sempre singolarmente femminile, al quale, in virtù della propria condizione, non si accredita la capacità di esprimere la propria volontà.

È valso un tempo non troppo lontano, per la donna che decideva di interrompere la *propria* gravidanza; vale, ancora oggi, per la donna che decide, *liberamente*, di offrire le proprie prestazioni sessuali⁴², vale ora e

41 Solo poche settimane fa il Parlamento europeo ha censurato il Governo italiano per la recente circolare del Ministero degli Interni che ha bloccato le registrazioni all'anagrafe dei figli di coppie gay o omogenitoriali nati da madre surrogata. Ed è di qualche giorno fa la decisione CEDU che, successiva a quella che invece aveva sostenuto che lo Stato non fosse obbligato a dovere procedere alla trascrizione automatica all'anagrafe dei figli che nascono con la maternità surrogata, ha condannato l'Italia per non aver consentito il riconoscimento di una bimba nata da maternità surrogata: alla bimba, nata in Ucraina nel 2019 con maternità surrogata da una coppia eterosessuale, era stato negato il riconoscimento legale del rapporto di filiazione, facendo di lei un'apolide.

42 L'avverbio traduce, ovviamente, il punto di dissenso rispetto a chi, invece, ritiene che la pro-

varrà ancora di più – stando almeno alle ipotesi progettuali – per la donna che decide, anche se *liberamente*, di lasciare ospitare nel proprio corpo una gravidanza surrogata.

Vendere, svendere, affittare, mercificare, le parole traducono la surrogazione del consenso, a costo di rendere il no, sostitutivo del sì, una finzione di dissenso, del tutto incongruente con le condizioni del caso.

L'esperienza penalistica conosce già il tormento epistemico di un consenso al cui riconoscimento si è preferita la ricerca, fastidiosa e inappropriata, di un mancato dissenso, quasi che esso, il consenso, possa essere presunto dalla mancata e plateale manifestazione di dissenso⁴³. Sotto un altro aspetto, e in epoche meno recenti, la surrogazione del no è stata *finalmente* sostituita dalla percezione di un sì, che la donna si riteneva non potesse esprimere e che ora, *finalmente* – in un *finalmente* dal sapore melodrammatico – viene riconosciuto nella sua autodeterminazione, rendendo possibile pensare la donna come capace di acconsentire ad affiliazioni un tempo impensabili. Non è trascorso moltissimo tempo da alcune patriarcali affermazioni secondo cui le donne sarebbero incapaci di assumere «ai giorni nostri una tale emancipazione e autorevolezza da svincolarsi dal ruolo subalterno»⁴⁴e, tuttavia, in questo lento cammino di riconoscimento della

stituzione (e ci pare anche la pornografia, così nel saggio sotto citato l'*Introduzione*, 10) sia sempre una forma di “servitù volontaria” che non rappresenti la effettiva volontà di colei (o, perché no, colui) che esprima il consenso, viziato da condizioni di partenza che la/o renderebbero non libero e non consapevole. Questa linea di pensiero è di recente presente nel saggio di V. Pazè, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Milano 2023, in più parti del suo interessante saggio monografico. Il tema della prostituzione è trattato nelle pagine 53 ss. I parallelismi fra i due fenomeni, prostituzione e maternità surrogata, sono indagati da M. Farley, *Maternità surrogata e prostituzione. I parallelismi*, in M.J Devillers, A.L. Stoicea-Deran, dal titolo *Per l'abolizione della maternità surrogata*, cit., 156 ss.

43 Nella numerosa letteratura in argomento, segnaliamo il recente saggio di E. Biaggioni, pubblicato su «Sist. pen.» online (24.11.2020), dal titolo *Consenso e tipizzazione delle condotte nei reati contro la libertà di autodeterminazione sessuale tra esigenze reali e stereotipi*, in particolare, 6 ss. In argomento l'interessante saggio di D. Falcinelli, *Il senso del diritto penale per la donna. Un itinerario dalla valorizzazione dell'identità femminile alla protezione penale della maternità*, in «AP» (2020), 7

44 Una celebre e non inosservata sentenza del tribunale di Palermo del 1983 sembra risentire esattamente dello stereotipo della cosiddetta *innocenza ontologica* – così la chiama A. Bellardita, *La mafia, le donne e le disparità di genere nel Mezzogiorno*, in «MicroMega» online (14.03.2022) – la quale sembra condizionare la visione giudiziaria dei fenomeni malavitosi, tanto che nel 1989 era stato aperto un solo procedimento nei confronti di una donna per il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso. Sei anni dopo sono diventati 89. «Non si è verificato un reale aumento del numero di donne imputabili del reato associativo previsto dal 416 bis», ma «semplicemente è mutato l'atteggiamento dei magistrati verso il mondo femminile mafioso». «Risale solo al 1999 la prima sentenza

libertà delle donne, si è infine convenuto come la *banalità malavitosa* del consenso femminile sottintenda, o possa sottintendere, una libertà di pensiero che riconosce le donne capaci di consenso, tanto quanto, e qui davvero *finalmente*, capaci di dissenso. Per quanto paradossale, il mutamento ne contiene un altro: l'*envers du décor*, è questa la vera, autentica, giravolta, la raggiunta uguaglianza e identità delle donne non è tanto, o comunque non solo, nel diritto alla cattiveria, ma anche nel diritto alla rivolta che si lascia seguire, il diritto, cioè, alla dissociazione che muove dal riconoscimento dell'associazione, finalmente distratto da logiche di alterità che falsano la percezione dell'identità di genere. A chi non concedeva loro il diritto di *far-parte*, ma solo quello di *essere-parte*, le donne sanno ora opporre il diritto di esistere *in-disparte*, ove l'emancipazione, quella vera, autentica, non è nella capacità di *entrare*, ma in quella di *uscire*, in una differente alterità dialettica che si allontana dallo schema maschio/femmina, visibili/invisibili, affiliate /non-affiliate, interne/esterne, e, nel nuovo schema dentro/fuori, si coniuga nella scelta di non-farne-parte, una volta che si sia state parte, o che si sia deciso di non farne-parte; nella scelta, dopo l'ossessione della invisibilità che governa il *dentro*, di esternare e rendere visibile il *fuori*, in forme che, altrove inimmaginabili, le donne sanno ora, più e meglio, gridare senza la paura che governa l'altrui dissociazione. Esserci, per poi non esserci più; o non esserci mai.

Non-sempre, spesso, talvolta: non importa quanto, fosse anche nei termini statistici del più sfumato *talvolta*, appartiene all'uno come all'altra, all'uomo come alla donna, la capacità di associarsi, non più solo di *consentire*, ma di *acconsentire* alla affiliazione, o, specularmente, di acconsentire alla dissociazione.

Negare la validità del consenso, disconoscerne l'esistenza, ha reso il ragionamento giuridico un po' meno ragionevole, pur nella sua apparente benevolenza. Per il sì come per il no, la diffidenza per il consenso assomiglia, è assomigliata, in qualche modo, alla diffidenza per il dissenso.

7. SPESSO, SEMPRE, TALVOLTA

S'intende: capita, può capitare, e perfino spesso, che un sì non sia un sì consapevole e la surrogazione del dissenso si renda necessaria dal

della Corte di Cassazione che dichiara esplicitamente l'imputabilità delle donne per 416 bis anche in assenza di una loro formale affiliazione».

contesto in cui il consenso è stato prestato. Capita, può capitare, e se capita la visione delle cose ci evidenzia come ciò avvenga, più spesso, per le donne, a causa di un retroterra patriarcale, di un vissuto stratificato nei tempi, di costrizioni subculturali ancora presenti e lentamente offerte ad un cambiamento ancora in via di completamento; di sofferenze umane ed economiche a cui riparo le donne sono costrette a *contrattualizzare* il proprio corpo e rendersi ubbidienti in una antica pedagogia della sudditanza⁴⁵. È possibile, e persino *spesso*, e la speranza è che *spesso* sia più distante dal *sempre*, e più vicino al *talvolta*.

Poco o tanto che sia, l'errore è – o semplicemente il *dubbio*, per quello che a noi pare – nel rendere la costruzione del dissenso invincibile, indisciplinata, surrogata. Convincersi che il consenso alla prostituzione sia sempre viziato⁴⁶, che il consenso alla surrogazione sia sempre costretto, o spiegato in forme al più monotone e ripetitive, comunque insincere⁴⁷, che la debolezza sia un dato antropologico (e la parola contiene una sfumatura alla quale non sapremmo porre rimedio), che, nel giuoco degli opposti, il dissenso sia un timido giuoco di assensi camuffati da un necessario pudore e da inevitabili esitazioni. O anche meno, che non vi sia modo di control-

45 Se si tratti davvero (e sempre) di una ubbidienza del sì, o se questo non costruisca una ubbidienza del no, resta il punto di domanda che ancora sollecita la riflessione di S. Niccolai, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 231.

46 Affidiamo la complessità del dibattito al saggio e alle parole di T. Padovani, *Il pettine sdentato. Il favoreggiamento della prostituzione all'esame di costituzionalità*, in «GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere» online (16.04.2020): «Nella prostituzione la situazione non è dissimile: se alla prestazione sessuale retribuita la persona viene costretta, la sua dignità viene calpestata. Ma se la scelta è libera (e la Corte stessa ammette che possa esserlo) la dignità può essere negata solo per pregiudizio e basata solo sull'effetto perverso di una discriminazione instaurata in realtà proprio dalla disciplina legale». Ancora: «Oggi, invece, la prostituzione viene esercitata secondo modalità assai diversificate che, in misura più o meno rilevante, introducono vere e proprie differenze di "status professionale". Prostituzione di strada, prostituzione in ambienti "riservati", alimentata con annunci di stampa e, soprattutto, telematici, prostituzione presso il domicilio del richiedente, prostituzione esercitata in forma discreta e relativamente saltuaria per soddisfare bisogni contingenti: le modalità di esercizio connotano una ben diversa condizione della persona dedita all'attività prostituzionale. I problemi sollevati dalla prostituzione di strada, che si collega per lo più alla tratta di esseri umani e rappresenta l'oggetto di un'impresa esercitata da pericolosissime organizzazioni criminali, non possono evidentemente essere quelli della prostituzione d'altissimo bordo, esercitata da "escort" ingaggiate tramite internet, per lo più del tutto autonome e lautamente retribuite per i loro servizi. Se nella prima è in gioco la tutela di diritti umani elementari, nella seconda si pone forse il solo problema di assicurare un trattamento normativo corrispondente all'attività svolta, che è indubbiamente quella di lavoro autonomo».

47 V. Pazè, *Libertà in vendita*, cit., 84.

lare, misurare⁴⁸, disciplinare il consenso⁴⁹ e così posizionarlo nel giusto equilibrio del *sempre* e del *mai*, in una salvaguardia preventiva della auto-determinazione che il *sempre* e il *mai* mettono in discussione⁵⁰.

Non è così, o non è sempre così, o *talvolta* potrebbe non essere così: il punto è esattamente questo *talvolta*, ciò che non sembra interessare alla legge, e che pure, qui⁵¹ come altrove⁵², si è intuito essere una possibilità

48 Nel bel saggio di S. Niccolai, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 228, la misura della libertà femminile è esattamente ciò che l'Autrice intende contestare, l'idea cioè che una legge possa misurare ciò che invece appartiene, o dovrebbe appartenere, alle libertà universali, sfuggenti ad una dimensione personalistica e privatistica in cui viene confinata la scelta della maternità surrogata.

49 È questa – come leggiamo nel saggio di M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., – la scelta contenuta nel *Family Code* californiano, con legge entrata in vigore il 1° gennaio 2013 [California *Family Code*, Division XII: *Parent And Child Relationship*, Part 7. *Surrogacy And Donor Facilitators, Assisted Reproduction Agreements For Gestational Carriers, And Oocyte Donations*, in: <https://leginfo.legislature.ca.gov>] dove si prevede che la manifestazione della volontà della gestante e dei genitori (anche dello stesso sesso; anche singoli) sia raccolta in un accordo («*Written Assisted Reproduction Agreement For Gestational Carriers*») che deve avere forma solenne e deve essere redatto con l'assistenza necessaria di un avvocato indipendente per parte (sec. 7962, lett. b); tale atto – ci ricorda sempre Gattuso – deve prevedere la copertura di tutte le spese mediche a cura dei genitori intenzionali, mentre nulla viene detto nella legge in ordine all'eventuale previsione di un ulteriore compenso, sicché in mancanza di un espresso divieto lo stesso deve intendersi lecito. Secondo la sec. 7962, lett. i, tale accordo non può essere risolto («*rescinded or revoked*») dalle parti, potendo essere dichiarato inefficace soltanto in forza di un provvedimento giurisdizionale. L'accordo viene sottoposto al controllo giurisdizionale, così prevenendo qualsiasi forma di conflittualità futura anche in relazione allo status filiationis: superate le presunzioni di concepimento, maternità e paternità, alla nascita del bambino, l'ufficiale di stato civile formerà il certificato di nascita conformemente alla *verità della filiazione* accertata nel provvedimento giurisdizionale.

La legislazione californiana, unitamente a molte altre, è analizzata da E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 16 ss.

50 Ci pare del tutto condivisibile il punto di vista in B. Pezzini, *Riconoscere responsabilità e valore femminile*, cit., 94-95: il disconoscimento *tout court* della ammissibilità della volontà della donna contiene il rischio di «*accettare una costruzione inferiorizzante della capacità femminile*», renderla *soggetto debole* in ragione, in dispregio proprio della autonomia e dignità della donna.

51 Oltre alla già citate riflessioni contenute nella ordinanza di rimessione che ha poi portato al recente arresto delle Sezioni Unite, va evidenziato come in Italia – stando ad alcune recenti statistiche – circa il 15-20% delle coppie sono infertili ma non sterili, ovvero potenzialmente in grado di generare figli biologicamente propri, ma impossibilitati a condurre in seno alla propria famiglia una gravidanza. È un fenomeno che coinvolge non meno di due milioni di italiani. Numeri importanti che avevano spinto nel 2021 l'Associazione Luca Coscioni a depositare la proposta di legge del sulla gestazione per altri “solidale”, cioè portata avanti senza alcun compenso.

52 M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., ricorda come il primo caso di *surrogacy* gestazionale pervenuto alla attenzione di un giudice californiano (*Johnson c. Calvert*), si concluse nel 1993 con la decisione della Corte suprema della California, la quale assunse che non potesse ravvisarsi nella pratica *de qua* una *lesione della di-*

tutt'altro che impossibile, e senza neppure che contino più di tanto le ragioni del sì, altruistico o speculativo sul quale l'ingordigia del diritto penale non saprebbe interrogarsi⁵³.

Difficile, non vi è dubbio, ma non impossibile⁵⁴: c'è bisogno di ca-

gnità della donna quando la stessa fosse stata frutto di una sua libera scelta. La Corte esclude infatti che, nel caso sottoposto al suo esame, vi fosse stata «*coercizione, sfruttamento o disumanizzazione*» della gestante, ritenendo raggiunta la prova della sua libera e consapevole autodeterminazione, ritenendo che, l'argomento per cui una donna non potrebbe portare avanti una gravidanza per altre donne, sarebbe «*retaggio di quella impostazione giuridica e culturale che per secoli ha impedito alle donne di esercitare gli stessi diritti economici e di assumere gli stessi status, degli uomini*», essendo peraltro tale donna gestante pienamente titolare, fra l'altro, dei propri diritti, fra cui anche quello fondamentale di interrompere la gravidanza. La Corte statunitense prosegue il suo ragionamento negando che la *surrogacy* configuri una forma di *mercificazione dei bambini*, e affermando la necessità di dare rilievo, nel caso di doppia maternità, all'accertamento in concreto della effettiva volontà delle due donne, sin dal concepimento, di assumere il ruolo genitoriale, dovendo essere riconosciuta soltanto questa come la «*madre naturale*» del nato («*the natural mother*»).

53 Riportiamo per esteso il punto di vista di S. Nicolai, espresso da costituzionalista attenta osservatrice della dimensione punitiva, nel saggio, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, cit., 215: «*la legge n. 40 non è la fonte del divieto di surrogazione di maternità in Italia, è solo la fonte del reato di intermediazione commerciale in materia di surrogazione di maternità, e, pertanto, nella vigenza della legge n. 40 come anteriormente, il nostro ordinamento non punisce e non reprime (pur senza approvarli né incoraggiarli) i casi in cui la surrogazione di maternità non è frutto di un mercato, cioè quelli sorgenti da accordi spontanei tra le persone direttamente interessate. Si tratta di accordi che, a mio giudizio e secondo intendimenti diffusi, sebbene non unanimi, sono illeciti ma non punibili (né coercibili), la cui realizzazione passa attraverso il parto anonimo da parte della donna, il riconoscimento del nato da parte del padre naturale e la sua adozione in casi particolari da parte della moglie (oggi: dell'unito civilmente) di quest'ultimo. Questo tipo di accordi non configurano reato, in particolare non configurano aggiramento della legge sull'adozione né alterazione di stato (data la presenza del padre naturale) e ritengo che possano essere considerati altrettante zone grigie lasciate all'autodeterminazione individuale nella prudente consapevolezza che non si può entrare nella sfera privata di una donna sindacando i motivi per cui rimane incinta, o la natura dei rapporti che la spingono a intraprendere una gravidanza. Un principio, questo secondo il quale il perché e di chi una donna rimane incinta è insindacabile e non è normabile, che sarebbe travolto dall'introduzione della surrogazione di maternità nel nostro Paese*».

54 La qualità del consenso dipende, ovviamente, anche da contesto in cui esso si perfeziona, il che spiega la particolare cautela che si esprime in punti di vista come quello espresso, di recente, dal Parlamento Europeo che ha ribadito la sua posizione nei confronti della pratica della maternità surrogata – già espressa nel 2015 – e ripetuta con particolare riferimento al conflitto bellico, attualmente in atto: fra i testi recentemente approvati dal Parlamento la risoluzione sull'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne, contiene al suo interno la posizione chiara del Parlamento nei confronti della maternità surrogata, accompagnata però da un “può” che esprime compiutamente il senso che la presente riflessione ha inteso evidenziare. Riportiamo testualmente il considerando V della risoluzione P9 TA(2022)0206, L'impatto della guerra contro l'Ucraina sulle donne (2022/2633(RSP) e, a seguire il punto 13 e 14 di detta Risoluzione, con in grassetto il “può” che ci è parso di particolare interesse. Nel considerando V, si premette “che la legislazione ucraina consente la maternità surro-

pire, di ripetere, di contestualizzare, di valutare caso per caso⁵⁵ ed è possibile – come poterlo escludere – che il consenso dell’una non sia il consenso dell’altra, e dunque negare il consenso libero aiuti ad evitare la finzione che anima il consenso costretto – un po’ come l’obbligo della segretezza del voto, per garantire la libertà di tutti, ed evitare che la richiesta di segretezza fosse, come a suo tempo, sintomo di dissenso verso il regime – ma che dire poi del consenso libero, sincero, ragionato, spontaneo, di una donna non costretta ad essere libera, ma felice di essere libera, e che il diritto penale universale non riuscirebbe a distinguere, a comprendere, a valutare.

E quante volte – ed è una ultima domanda che affidiamo, anch’essa, a migliori riflessioni – in nome della propria felicità, occorre che Elisabeth Bennet ripeta il suo no, perché esso appaia per quello che voleva essere; e quante volte un *si* deve essere ripetuto perché appaia per quello che la donna intendeva sinceramente esprimere?

gata e che l’Ucraina rappresenta oltre un quarto del mercato mondiale in tale settore, con 2 000-2 500 neonati nati ogni anno attraverso la maternità surrogata nel paese; che, a causa della guerra, le madri surrogate incontrano grandi difficoltà nel portare avanti la gravidanza in condizioni favorevoli al loro benessere, nonché nell’accedere ai servizi sanitari durante la gravidanza, il parto e il puerperio; che alcune agenzie di maternità surrogata hanno chiesto alle madri surrogate di non fuggire dall’Ucraina prima della nascita; che i bambini appena nati sono particolarmente vulnerabili e che la guerra rende difficile per i genitori committenti assumere la potestà genitoriale e per le istituzioni pubbliche esercitare la tutela e garantire le cure in condizioni adeguate, ove necessari”; infine i punti 13 e 14: «13. condanna la pratica della maternità surrogata, che può esporre allo sfruttamento le donne di tutto il mondo, in particolare quelle più povere e in situazioni di vulnerabilità, come nel contesto della guerra; chiede che l’UE e i suoi Stati membri prestino particolare attenzione alla protezione delle madri surrogate durante la gravidanza, il parto e il puerperio e rispettino tutti i loro diritti nonché quelli dei neonati;”; “14. sottolinea le gravi ripercussioni della maternità surrogata sulle donne, sui loro diritti e sulla loro salute, le conseguenze negative per l’uguaglianza di genere nonché le sfide derivanti dalle implicazioni transfrontaliere di tale pratica, come è avvenuto nel caso delle donne e dei bambini colpiti dalla guerra contro l’Ucraina; chiede che l’UE e i suoi Stati membri analizzino le dimensioni di tale industria, il contesto socioeconomico e la situazione delle donne incinte, nonché le conseguenze per la loro salute fisica e mentale e per il benessere dei neonati; chiede l’introduzione di misure vincolanti volte a contrastare la maternità surrogata, tutelando i diritti delle donne e dei neonati».

55 Così anche L. Long, *Di madre non ce n’è una sola. Ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell’ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, cit., 155.